N.J.L.	New Jersey Law
N.J. Misc.	New Jersey Miscellaneous Reports
Ont. L.R.	Ontario Law Reports
Pa. Dist.	Pennsylvania District Reporter
Pick.	Pickering (Mass.)
P.	Probate
P.D.	Probate Division
Scots L.T.	Scots Law Times
Scot. L.R.	Scottish Law Reports
S.E.C.	Securities & Exchange Commission Reports
T.L.R.	Times Law Reports
W.N.	Weekly Notes
W.R.	Weekly Reporter

CAPITOLO I

INTRODUZIONE STORICA E CARATTERI DELLA LEGISLAZIONE FALLIMENTARE AMERICANA

1. Il fallimento come oggetto di ricerche di diritto comparato, con riguardo alla *common law* e in particolare al diritto americano. — 2. L'origine storica del fallimento negli statuti italiani del XIII secolo. — 3. Alcune caratteristiche dell'istituto e la sua diffusione sul continente. — 4. Il contributo del diritto spagnuolo alla formazione dell'istituto. — 5. I procedimenti esecutivi nella *common law* ed il passaggio del fallimento dagli statuti italiani al diritto inglese attraverso la *law merchant*. — 6. La legislazione fallimentare inglese. — 7. La *common law of bankruptcy*. — 8. Il *favor debitoris* è il principio essenziale cui la *bankruptcy* si ispira. Presunto carattere penale dell'istituto. — 9. La *bankruptcy* è attualmente applicabile tanto ai commercianti quanto ai debitori civili. Ragioni storiche e logiche. — 10. I caratteri propri della legislazione inglese dopo il 1800. — 11. L'attuale legge fallimentare inglese. — 12. Cenni sullo sviluppo dell'istituto nel diritto scozzese a canadese. — 13. Il sorgere del diritto fallimentare come diritto federale negli Stati Uniti. — 14. Influenza delle crisi economiche sulla legislazione fallimentare americana. — 15. L'influenza del diritto inglese. — 16. Cenni della legislazione fallimentare americana. — 17. L'interpretazione della clausola costituzionale e le procedure di liberazione del debitore. — 18. Limiti alla uniformità della legge fallimentare : le leggi dei singoli Stati dell'Unione. — 19. Sistemi concorrenti col fallimento nella liquidazione del patrimonio dell'insolvente : i *friendly adjustements* — 20. La legge fallimentare americana in vigore.

1. — Una delle attrattive più interessanti dello studio del fallimento nella *common law* sta, per il giurista europeo, nello scoprire che il diritto fallimentare di *common law* ha avuto origine comune a quella del diritto fallimentare continentale. Contrariamente infatti alla maggioranza degli istituti di *common law*, che sono nati e si sono sviluppati in modo autonomo e indipendente dai corrispondenti istituti dei vari ordinamenti giuridici originati dal diritto romano, il fallimento è stato creato nelle

sue linee essenziali dagli statuti delle città medioevali italiane, dalle quali si estese poi non solo a tutta l'Europa continentale ma alla stessa Inghilterra, dove si innestò sulle originarie tradizioni giuridiche e da dove passò — in periodo successivo — negli Stati Uniti d'America. Seppure le modificazioni che sono state apportate all'istituto siano innumerevoli e a volte sostanziali, alcune delle sue caratteristiche principali sono rimaste per lo più immutate attraverso i secoli e ancora indicano chiare le tracce della loro origine. Le identiche giustificazioni, essenziali all'introduzione dell'istituto, tra cui prima la tutela dell'economia creditizia, hanno reso possibile questo trapasso da un sistema all'altro ; e se un diverso sviluppo economico ed una differente formazione giuridica hanno di necessità apportato modifiche non indifferenti all'originaria struttura dell'istituto, identici restano tuttavia i principi fondamentali sui quali esso si basa.

Gli adattamenti alle diverse esigenze giuridico-economiche costituiscono pertanto un'interessante pietra di paragone nella valutazione generale del modo di operare di due dei maggiori sistemi attuali di diritto, quello cioè di *common law*, e quello basato sul diritto romano. Il nostro diritto fallimentare, che per un verso rimane ancora legato a schemi tradizionali, riceverà perciò senza dubbio beneficio da un esame del diritto inglese ed in particolare di quello americano, nel quale una economia più complessa e più sviluppata della nostra ha prodotto mutamenti, talvolta rivoluzionari, nello schema originale dell'istituto. Tale esame può costituire un interessante contributo al nostro stesso diritto, in quanto capace di fornire la base per conclusioni ed esegesi di un più vasto respiro ; portando l'attenzione su uno stesso istituto, che per di più ha avuto un'origine storica comune, ce ne indica varietà e possibilità di applicazione finora sconosciute (1).

(1) Hanno sollevato dubbi sull'utilità di studi di diritto fallimentare comparato il BURGIN, *Private International Law and Bankruptcy and Liquidation of Companies*, in *Transactions of the Grotius Society*, 1923, v. 9, pp. 71, 75 e il PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes*, Paris, 1935, I, p. 67, riecheggiante, in parte, il THALLER, *Des faillites en droit comparé*, Paris, 1887, I, p. 74. Ma vedi poi una completamente diversa opinione in PERCEROU et NADELMANN, *Les répercussion de la crise économique sur le droit des fallites et des concordats*, in *Ann. de droit comm.*, 1937, p. 81 : « *Par ses aspects économiques qui dépassent les frontières, cette matière se prête pourtant tout spécialement à des etudes comparatives dont la théorie et la pratique, et notamment le commerce international, pourraient tirer un large profit* » (!).

Hanno invece lamentato la scarsa conoscenza del diritto comparato fallimentare il NADELMANN, *Recognition of American Arrangements Abroard*, 90 U. Pa. L. Rev. (1924) 783 ; idem, *International Bankruptcy Law Its Present Status*, 5 U. of Toronto L. J. (1943-44), 324 ; BLOM-COOPER, *Bankruptcy in Private International Law*, London, 1954, p. 23.

Nella letteratura italiana non esistono studi di diritto fallimentare dei paesi di *common law*. Per qualche riferimento vedi G. ROSSI, *Equivoci sul concetto di insolvenza*, in *Riv. dir. fall.*, 1954, I, 175 (l'articolo è stato tradotto ed adattato al diritto spagnuolo da L. VACAS MEDINA, *El supuesto fundamental de la quiebra en los Derechos inglés y norteamericano y en el Derecho español*, in *Revista de Derecho Mercantil*, 1955, n. 57, pag. 45) e qualche nota spesso inesatta nei più o meno recenti trattati.

Una ricerca storica diretta a chiarire il processo di svolgimento, di cui ho fatto parola, non solo sarà perciò fortemente suggestiva agli occhi del giurista continentale, ma costituirà necessariamente la più logica introduzione alla presente ricerca sul diritto fallimentare americano la cui problematica attraverso tale ricerca potrà non di rado essere più facilmente compresa, e servire poi come più efficace termine di comparazione.

La Francia invece possiede oltre all'acuta opera del LYON-CAEN sulla vecchia legge inglese, *Lois anglaise sur la faillite du 25 août 1883*, Paris, 1888, ed a quella monumentale del THALLER, già citata, i due volumi del C. Del MARMOL, *La faillite en droit anglo-saxon*, Paris 1936 e *La réorganisation des sociétés insolvables aux Etats-Unis*, Paris, 1938 (ambedue tuttavia superati per quanto riguarda il diritto americano, perchè scritti prima della sostanziale riforma del 1938), a completamento di quello del LEH, *La faillite dans le droit européen continental*, Paris, 1932 ; la Germania quella dell'ECKSTEIN, *Das Englische Konkursrecht*, Berlin, 1935 e per il diritto inglese l'importante monografia di H. RUDOLPH, *Reputed Ownership*, in *Leipziger Rechtswissenshaftliche Studien*, 1932.

Per i paesi di *common law* vanno qui menzionati i vari articoli scritti da K. H. NADELMANN su diverse riviste americane, sempre ricchi di riferimenti ai diritti stranieri, e lo studio comparativo fra diritto fallimentare italiano ed americano di S. A. RIESENFELD, *The Evolution of Modern Bankruptcy Law, a Comparison of the Recent Bankruptcy Acts of Italy and the United States*, 31 Minn. L. Rev. (1947) 401.

Per i paesi di lingua spagnola, abbondanti e precise note di diritto comparato si trovano in FERNANDEZ, *Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, 1937 unitamente allo studio sul fallimento nel diritto americano di NAON, *Ley de Bancarrotas de los Estados Unidos Americanos*, Buenos Aires, 1918

Si veda lo infine per il diritto americano in tema di riorganizzazione di società, le note del NADELMANN, in *Die Schweizeriche Aktiengesellschaft*, t. XII (nov. 1939) ed in *Economie Nouvelle*, 1938, p. 88.

2. — L'origine storica del fallimento è stata a volte ricercata nel diritto romano (2), ma i vari istituti romani che si vuole l'abbiano originato, non sono altro che modi di esecuzione forzata che hanno costituito l'ispirazione o, se vogliamo, i precedenti storici del fallimento, che invece sorge con sue precise e definite caratteristiche negli statuti medioevali italiani.

Se tuttavia la maggioranza degli scrittori ammette, in genere, che l'origine del fallimento vada ricercata negli statuti italiani a partire dal XIII secolo (3), altri è peraltro dell'opinione che il fallimento nel diritto inglese — ed ai fini della presente ricerca è questo il punto di vero interesse — abbia avuto una origine autonoma e indipendente, influenzata dall'istituto della *cessio bonorum* come era conosciuto al tempo degli imperatori cristiani. L'opinione che risale al BLACKSTONE (4) è stata anche più recentemente accolta, ma senza documentazione, dal DEL MARMOL (5). La *cessio bonorum*, introdotta dalla *lex Julia* (anno 737 di Roma) al tempo di Augusto, portò senz'altro un nuovo atteggiamento nella esecuzione romana: esclusione della esecuzione personale e della infamia; *beneficium competentiae*, cioè un *quid* lasciato al debitore per vivere; e impossibilità di una nuova esecuzione per debiti anteriori, se il debitore non avesse posteriormente acquistato nuovi beni (6).

(2) Mi pare inutile menzionare la ricca bibliografia che si troverà citata nel volume del ROCCO, *Il fallimento*, Torino, 1917, n. 48 sgg., che ancora rimane la migliore indagine storica sull'argomento.

Per i procedimenti di esecuzioni in altri popoli dell'antichità, vedi sopratutto KOHLER, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Würtzbourg, 1884, p. 7 sgg. e THALLER, *op. cit.*, I, p. 37.

(3) Vedi in particolare: ROCCO, *op. cit.*, p. 195 sgg.; PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Torino, 1902, II, p. 393; HOLDSWORTH, *A History of English Law*, London, 1927, I, p. 229; LEVINTHAL *The Early History of Bankruptcy Law*, 66 Pa. L. Rev. (1917) 223, 225; PERCEROU, *op. cit.*, I, p. 16; KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuggart, 1891, p. 31, seppure con qualche riserva; TREIMAN, *The Law and the Insolvent Debtor*, 12 St. Louis L. Rev. (1917) 489; RENOUARD, *Traité des faillites*, 3a ed., Paris, 1857, p. 20.

(4) BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1766, II, p. 473.

(5) DEL MARMOL, *op. cit.*, pp. 81, 108, 382; e nello stesso senso già il CRABB, *History of English Law*, London, 1829, p. 455, che ripeteva con ogni probabilità il BLACKSTONE.

(6) ROCCO, *op. cit.*, p. 172 con ivi bibliografia, cui aggiungi SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, voll. IV, Napoli 1934. Sulla

Ma i caratteri della *cessio bonorum*, sia pure del basso impero, sono sempre quelli di una esecuzione a carattere patrimoniale, che spicca sulla legislazione precedente per una maggiore clemenza nei riguardi del debitore (7), ma che, tuttavia, è ancora ben lontana dalla struttura tipica del fallimento, quale è conosciuta dagli statuti italiani e successivamente dal diritto inglese a partire dall'anno 1543, cui risale la prima legge fallimentare (34 & 35 Hen. VIII, c. 4).

Vi sono poi ulteriori ragioni, a mio avviso fondamentali, per escludere che il fallimento nel diritto inglese abbia avuto origine dall'elaborazione autonoma di istituti del diritto romano. La prima di esse è quella, impropriamente usata dal DEL MARMOL (8) per sostenere la tesi opposta: cioè l'originario carattere penale della legislazione fallimentare inglese, secondo la quale l'essere fallito equivaleva all'aver commesso un crimine, con le conseguenti drastiche norme previste contro i falliti (9). Secondo il DEL MARMOL dunque tale carattere penale sarebbe derivato alla legge inglese dall'essere essa originata dalla *cessio bonorum* del basso impero romano; mentre è stato ormai pacificamente provato che non solo tutta la legislazione romana attorno alla *cessio bonorum* era ispirata sopratutto al *favor debitoris* ed al privilegio personale (10), ma che anche la stessa *bonorum venditio* era realizzata all'esclusivo scopo di soddisfare i creditori e non già di punire il latitante (che veniva sostituito in giudizio

« *cessio bonorum* » nel diritto romano cristiano, vedi ora BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, Milano, 1954, III, pp. 223, 386, 397.

(7) BIONDI, *loc. cit.*

(8) *Loc. cit.*

(9) Ancora la legge del 1750 (13 Eliz., c. 7, s. 1) dichiara che il fallito è un criminale (*bankrupt is an offender*), fedele in questo alla prima legge sul fallimento del 1543 (34-35 Hen. VIII, c. 4) che si definiva *Act against such as do bankrupt*. S'è pertanto persino dubitato che tale legge possa essere considerata legge fallimentare, in considerazione del suo spiccato carattere penale: HOLDSWORTH, *op. cit.*, I, p. 470; LEVINTHAL, *The Early History of Bankruptcy Law*, 67 Pa. L. Rev. (1919) 1.

Si veda però la nota « *History of Legislation in Bankruptcy* », 12 Law Jou. (1877) 2[illegible]9, dove si suggerisce che ancor più antiche leggi dovrebbero considerarsi all'origine della legislazione fallimentare. A mio avviso l'opinione preferibile è comunque quella, accettata dai più, che vede nella legge del 1543, la prima disposizione in materia fallimentare.

(10) ROCCO, *op. cit.*, p. 171; BIONDI, *loc. cit.* Se mai fu negli statuti italiani che la *cessio bonorum* venne accompagnata da sanzioni penali!

dal *bonorum emptor*); *bonorum venditio* che invero era sorta per proteggere i debitori indifesi, e che solo successivamente venne applicata anche al debitore giudicato (11).

È invece negli Statuti italiani che il fallimento sorse con nette caratteristiche penali; l'arresto, il bando, la tortura, l'infamia, il guasto della casa, la scomunica, erano infatti alcune delle sanzioni comminate per i falliti (12). Ed ancora una di queste sanzioni che si usavano infliggere ai falliti, quella cioè di rompere il banco ha costituito l'origine etimologica della stessa parola *bankruptcy* con la quale nella lingua inglese s'intende il *fallimento*. L'origine del termine dal medioevale italiano « banco-rotto » è quasi comunemente ammessa (13). Che poi tale termine si riferisse al fallito è pure opinione concorde degli scrittori (14); mentre incertezze esistono ancora sul significato della parola (15). Sta

(11) SOLAZZI, *op. cit.*, I, p. 2 sgg. con ivi bibliografia; e si veda anche sui sistemi di moratorie in favore dei debitori, accordate dagli imperatori romani: VAINBERG, *La faillite d'après le droit romain*, Paris, 1874, p. 143.

(12) ROCCO, *op. cit.*, p. 213; LATTES, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, 1884, pgg. 318, 322, 327, con ivi abbondanti fonti; PERTILE, *op. cit.*, vol. VII, parte II, p. 386. Nello stesso senso TREIMAN, *The Law and the Insolvent Debtor*, 12 St. Louis L. Rev. (1927) 189.

(13) J. Health in *Judine* v. *Da Cossen*, 1 *New Reports* 234 (Eng. 1805); e cfr. per tutti BLACKSTONE, *op. cit.*, II, p. 472. Il LEVINTHAL, *op. cit.*, 67 U. of Pa. L. Rev. (1919) 2, lo vorrebbe derivato direttamente dal latino *bancus ruptus*. Altri indica l'etimo in « *bancus* » e « *route* » (francese: *traccia*), a significare chi ha rimosso il suo banco, e cioè ha dovuto allontanarsi (COKE, *Institutes of the Laws of England*, London, 6ª ed., 1680, IV, p. 277).

(14) « Rupti » era anzi sinonimo di « decotti » (cfr. Statuti di Genova del 1498, libr. IV, c. VII *de decoctis*); a Genova anzi il magistrato fallimentare si chiamava « Magistrato dei rotti ».

(15) C'è chi vuole che il termine sia stato applicato dapprima esclusivamente ai banchieri (*bancus* sarebbe stata la scranna su cui sedeva il banchiere e poi in un secondo tempo la bottega, cfr. il tedesco: *bank*) e solo più tardi ai commercianti (LATTES, *op. cit.*, p. 313). Ma le testimonianze su cui si fonda il Lattes (MALIPIERO, *Annali veneti*, in *Arch. Stor. It.* VII, I, 715 e FERRARA, *Gli antichi banchi di Venezia*, in *Nuova Antologia*, XVI, 198) si riferiscono ad un caso di invasione (rottura) di un edificio bancario, avvenuto nel 1497 (!), e data la sporadicità di tali casi mi pare piuttosto dubbiosa una tale derivazione di un vocabolo che divenne ben presto di uso comune anche in Francia (*banqueroute*) ed in Italia (bancarotta).

Credo che invece l'origine di *bankruptcy* sia banco-rotto e vada ricercata nell'uso allora comune di rompere il banco sulle piazze ai mercanti falliti. Su tale uso, si veda DE IORIO, *Giurisprudenza del commercio*, l. V.,

di fatto comunque che il termine « bancorotto » passò nel diritto inglese con le norme regolatrici del fallimento, e venne corretto in *bankrupt*.

Ma ancor prima di esaminare i modi attraverso i quali l'istituto del fallimento è passato dal diritto statutario italiano a quello inglese, è necessario far rilevare, contro la tesi del DEL MARMOL, come un legame diretto tra diritto romano (sia pure del basso impero) e *bankruptcy* nel diritto inglese sia da escludere, perchè qualora vi fosse stato un tale legame, il problema della esecuzione avrebbe potuto essere risolto con la recezione della *cessio bonorum*, che è invece completamente sconosciuta alla *common law* (16).

3. — Il fallimento sorse dunque nella legislazione delle città italiane nel sec. XIII, e gli istituti che contribuirono alla sua formazione furono, la *datio in solutum per iudicem*, la *missio in possessionem* ed il sequestro (17). La *datio in solutum per iudicem*, decretava lo spossessamento del debitore per parte della pubblica autorità; ad essa seguiva la *missio in possessionem* dei creditori intervenenti in concorso e da soddisfarsi su un piano di parità; ed il sequestro infine costituiva la misura assicurativa diretta alla conservazione dei beni del debitore, per evitarne la dispersione. Dalla combinazione di questi tre istituti sorse il fallimento, già conosciuto pare intorno al 1220 a Siena e a Vercelli (18), con caratteri suoi propri e ben precisi — quale quello ufficioso e pubblicistico — che ancora in parte conserva, e che, come avrò occa-

t. I., Napoli 1749; HUVELIN, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris 1897, p. 486 sgg.; ESCRICHE, *Diccionario Rasonado de Legislation y Jurisprudentia*, 1878 (voce « Bancarrota »), che sostiene che tale uso fu introdotto nella fiera di Medina del Campo, frequentata soprattutto da mercanti genovesi. Ciò che tra l'altro potrebbe spiegare la frase « Magistrato dei Rotti » usata a Genova.

(16) POTTER, *An Historical Introduction to English Law and its Institutions*, London, 1943, p. 44; e vedi avanti p. 38. La *cessio bonorum* è sconosciuta anche negli Stati Uniti, eccezion fatta per lo Stato della Louisiana (cod. civ. (1870), art. 2.174).

(17) ROCCO, *op. cit.*, p. 195 sgg.

(18) ROCCO, *op. cit.*, p. 194; il SALVIOLI, *Storia del diritto italiano, diretta da P. Del Giudice*, Milano, 1927, Vol. III, P. II, p. 721 menziona una ancor più antica legge senese del 1180 che alla rub. 39 tratta della revoca degli atti in frode ai creditori. Ma non è questa una vera e propria legge fallimentare!

sione di osservare di volta in volta, sono passati poi al diritto inglese.

Sorto nell'ambito della legislazione tendente a regolare la vita del commercio, dove particolarmente l'esigenza della puntualità dei pagamenti e della regolamentazione del credito si faceva sentire, l'istituto non venne però limitatamente applicato ai soli commercianti o a coloro che erano iscritti alle varie corporazioni, ma a tutti i debitori, e ciò avvenne sia per le particolari caratteristiche della giurisdizione mercantile, che non costituì mai un privilegio della sola classe dei mercanti, ma si estese a comprendere ogni genere di soggetti (19), anche per il carattere proprio di un presupposto del fallimento, cioè il dissesto, nel quale possono essere coinvolti tutti i debitori senza distinzioni o qualifiche di sorta. Debitori civili e commercianti, potevano dunque essere sottoposti alla procedura fallimentare, anche se in generale gli statuti prevedevano un trattamento di maggiore indulgenza per i debitori civili (20).

La grande fioritura delle città italiane, l'attività commerciale dei nostri mercanti, unitamente al rapido sviluppo delle fiere — di cui particolarmente famosa quella di Lione — e dei mercati sul continente (21) e nella stessa Inghilterra, crearono consuetudini mercantili generali, mutuate per la maggior parte dal nostro diritto, di cui facilitarono la diffusione. Ciò avvenne in modo particolare anche per l'istituto del fallimento. E a tale processo di dif-

(19) LATTES, *op. cit.*, p. 251 ; ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1954, p. 19.

(20) ROCCO, *op. cit.*, p. 201 ; LATTES, *op. cit.*, p. 310 con ivi le fonti. Il voler applicare la procedura fallimentare ai soli commercianti, è frutto di un equivoco (v. già MILONE, *Il concorso o fallimento, Studio di legislazione comparata*, in *Arch. Giur.*, 1876, XVI, p. 179) ; ma sulla questione torneremo e con maggior ampiezza in seguito.

Notiamo solo che l'applicazione esclusiva ai soli commercianti appare specificamente sul continente soltanto nel 1737 nell'*Ordenanzas de Bilbao* (DE BENITO, *Al servicio de nuestra tradicion juridica, La doctrina española de la quiebra*, Madrid 1930, p. 103 ; FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 48) e, come vedremo, già — seppur discutibilmente — nel 1673 nella famosa *Ordonance du commerce*, tit. XI, art. 1 (*Recueil général des anciennes lois françaises* (ISAMBERT), 1823, vol. 19, pp. 91, 104).

(21) HUVELIN, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris, 1897, p. 486 sgg. ; idem, *Quelques données sur les foires de Champagne*, in *Ann. dr. comm.*, 1898, p. 376 ; RORIG, *Der Marckt von Lubeck*, Leipzig, 1922 ; PERNOUD, *Les villes marchandes aux XIVe et XVe siècles*, Paris, 1948 ; ASCARELLI, *op. cit.*, pp. 9, 11.

fusione va poi aggiunto il contributo della nostra letteratura giuridica, che, specialmente ad opera dello STRACCA (il cui trattato *De Decoctoribus* incorporato poi nel *De Mercatura* è del 1553), del ROCCO e del CASAREGIS, formulò a partire dal secolo XVI, con eleganza e dottrina, i principi fondamentali dell'istituto.

4. — Ma è necessario ora accennare anche all'importanza che nella formazione e nella diffusione dell'istituto del fallimento ha avuto il diritto spagnolo. La portata del contributo spagnolo è stata infatti spesso trascurata (22), mentre essa fu con ogni verosimiglianza, abbastanza notevole. Già nel XIII secolo nel codice de *Las Siete Partidas* di ALFONSO EL SABIO (23), si trova una legge fallimentare espressamente applicabile ad ogni classe di creditori (Parte V, tit. XV), la quale tra l'altro prevedeva particolari liberalità verso il debitore di buona fede. Ma ancora, all'inizio del XVII secolo, la Spagna aveva in SALGADO DE SAMOZA, col suo *Labyrinthus Creditorum*, uno dei primi trattatisti sistematici del diritto fallimentare.

A detta del KOHLER l'opera di SALGADO ebbe una grandissima influenza sopratutto sul diritto germanico, introducendovi in sovrapposizione ai principi mutuati dagli statuti italiani, un sistema autoritario ed illiberale (24). Contro l'opinione, che vuole ritenere il sistema spagnolo illiberale ed autoritario, si sono però di recente levati due giuristi spagnoli rivendicando l'originalità e la liberalità del diritto fallimentare spagnolo, prima e dopo l'opera di SALGADO (25).

E se si tien conto del carattere ufficioso e pubblicistico che l'istituto già aveva negli statuti italiani (26), e la liberalità di al-

(22) Cfr. LAMBERT nell'introduzione al volume del LEH, *La faillite dans le droit européen continental*, Paris, 1932, p. XXXV.

(23) Pare che la pubblicazione della *Siete Partidas* sia iniziata il 23 giugno 1256, per terminare o nel 1263 o 1265 (vi è incertezza sulla data precisa, cfr. MARTINEZ MARINA, *Ensayo historico-critico sobre la legislacion*, Madrid, 1845, pp. 281, 379).

(24) KOHLER, *Lehrbuch*, *cit.*, p. 24 sgg. ; ed anche *Aperçu historique du développement de la faillite*, in 5 *Annales de droit commercial*, 1891, II, pp. 145 151 e *Annales de droit commercial*, 1892, II, pp. 16, 21.

(25) DE BENITO, *op. cit.*, ; ALCALÀ ZAMORA, *Un español mal comprendido. Salgado de Samoza en la literatura alemana sobre concurso de acreedores*, Madrid, 1932.

(26) ROCCO, *op. cit.*, p. 218.

cune legislazioni statutarie italiane, come quella di Venezia (27), non è difficile concludere che i principi a cui si ispirava il diritto spagnolo non erano antitetici a quelli dei nostri statuti, ma in sostanza non ne costituivano che una rielaborata assimilazione. Resta comunque certo che, anche se vogliamo accettare l'opinione del KOHLER circa l'influenza del diritto spagnolo su quello tedesco, è pur sempre il fallimento quale fu creato dagli statuti italiani che si espande nel continente, dove viene assorbito attraverso le frequenti fiere e i diversi mercati (28).

5. — Mentre gli statuti italiani sviluppavano dunque l'esecuzione concorsuale, e questa a sua volta veniva accolta ed assimilata dalle legislazioni continentali, il diritto inglese, prima della legge del 1543, accordava al creditore, a soddisfazione dei suoi diritti, rimedi di varia natura, consistenti in genere in esecuzioni patrimoniali singolari, (quali il *writ* (29) *of fieri facias* ed il *writ of levari facias*), che per altro non vietavano nè ostacolavano eventuali posteriori esecuzioni personali. Col *writ of capias ad respondendum* e col *writ of capias ad satisfaciendum*, introdotti nel 1285 durante il regno di Edoardo I, si concedeva inoltre l'imprigionamento del debitore per i debiti da lui contratti; e tale esecu-

(27) LATTES, *op. cit.*, pp. 309, 329; CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI*, Torino, 1938, p. 113.

(28) Nè mi pare fondata l'assunzione del TREIMAN (*Acts of Bankruptcy: A Medioeval Concept in Modern Bankruptcy Law*, 52 Harv. L. Rev. (1938) 189, 193) che essendo il titolo del progetto della prima legge fallimentare inglese (*Merchants that Run Away With Other Men's Goods*) corrispondente a una frase del contemporaneo codice spagnolo (*se ansentan con candelas agenos*), vi sia stata una diretta influenza del diritto spagnolo in Inghilterra Cfr. infatti STRACCA, *De Mercatura*, 1608 (Lugduni) p. 475: « *fugientes cum pecuniis seu rebus alienis* ». Un'influenza quasi sicura del diritto spagnuolo si ha invece sull'origine del nome « bancarotto », che pare risalire alla famosa fiera di Medina del Campo, frequentata soprattutto dai mercanti genovesi. Fu a Medina del Campo che iniziò appunto l'usanza di rompere la tavola ai falliti (cfr. ESCRICHE, *op. cit.* voce « bancarrota »).

L'opinione del testo sull'influenza dél diritto fallimentare spagnuolo, già da me espressa nel citato articolo sulla *Riv. dir. fall.*, 1954, I, 175, è stata ora espressamente accolta anche da un giurista spagnuolo, il L. VACAS MEDINA, *op. cit.*, nota 40.

(29) *Writ* è in questa accezione un documento in nome del Re e col sigillo della Corona, che ordina alla persona cui è indirizzato di compiere un atto o di astenersi da un determinato comportamento.

zione personale precludeva poi l'esercizio di ogni altra esecuzione (30).

Nella *common law* non esisteva dunque alcuna forma di procedimento concorsuale, probabilmente a causa dell'eccessivo rilievo che l'esecuzione individuale aveva nelle *King's Courts*, il cui compito precipuo era la tutela degli interessi del *singolo*.

Ai lati della *common law* si stava però costituendo nei secoli XV e XVI, un altro tipo diverso e peculiare di diritto, la *law merchant*, sorta di diritto a carattere internazionale, basato su principi di equità, applicato da una speciale giurisdizione mercantile ad una sola classe di persone: i commercianti (*traders*), e diretto a disciplinare gli scambi commerciali tra l'Inghilterra e il continente. Di conseguenza il corpo di norme, che venne a far parte della *law merchant*, subì incontestabilmente l'influsso dei diritti e delle consuetudini continentali dell'epoca (31). Fu allora che si sentì la necessità di passare ad una forma più evoluta di esecuzione, che meglio corrispondesse alle nuove esigenze del commercio (32).

In *common law* ed in *equity* il debitore ha il diritto di preferire un creditore ad un altro (33) e l'esecuzione singolare è ancora basata sul principio *prior tempore, potior jure* che prevede la priorità del primo creditore esecutante (34) e che provoca

(30) Sulla storia dei procedimenti esecutivi in *common law*, vedi HOLDSWORTH, *op. cit.*, III, p. 132 e VIII, p. 230 sgg.; JENKS, *The book of English Law*, London, 1928, p. 253; ed anche DEL MARMOL, *op. cit.*, p. 8.

(31) SMITH, *Mercantile Law*, London, 1931, p. CCXIII; TUDSBERY, *Law Merchant and the Common Law*, 34 Law Quart. Rev. (1918) 392; LEVY-ULLMAN, *Le sistème juridique de l'Angleterre*, Paris, 1928, p. 315 sgg.; LEVINTHAL, *op. cit.*, 67 Pa. L. Rev. (1919) 3; ASCARELLI, *op. cit.*, p. 11.

(32) Cfr. HOLDSWORTH, *op. cit.*, I, p. 230.

(33) *Maskelyne* v. *Smith* (1903) 1 K. B. 671.

(34) Il sistema del concorso dei creditori nell'esecuzione singolare, originato nel diritto consuetudinario francese (cfr. GARBAGNATI, *Il concorso dei creditori nell'espropriazione singolare*, Milano, 1938, p. 47), è invece ancora vigente nel diritto francese (*cod. proc. civ., artt.* 610, 650), seguito da altri diritti (cfr. Belgio, *cod. proc. civ., artt.* 609, 656; Olanda, *cod. proc. civ. artt.* 45[illegible] e sgg.), tra cui quello italiano (cod. civ. 2741 e cod. proc. civ. 499, 510; cfr. ANDRIOLI, *Il concorso dei creditori nell'esecuzione singolare*, Roma, 193[illegible]; GARBAGNATI, *op. cit.*; SATTA, *L'esecuzione forzata*, Torino 1954, p. 1[illegible]5 sgg.) seppure qualche riserva (vedi AZZOLINA, *Osservazioni sul concorso dei creditori nella esecuzione ordinaria e nel fallimento*, in *Riv. dir. fall.*, 1949, I, pp. 125, 138; idem, *Il fallimento*, Torino 1953, vol. I,

di conseguenza tra i creditori quella che è stata chiamata la *race of diligence* (35). Questa corsa al primo che arriva, e l'esclusiva sua soddisfazione sul ricavato dei beni del debitore, rese impellente, in Inghilterra, più che altrove, la necessità di trovare un modo di esecuzione che tenesse in considerazione la posizione dei creditori esclusi e che si rifacesse in altre parole ai principi della *par condicio*. Nella esecuzione concorsuale degli statuti italiani passati nelle norme e nelle consuetudini del commercio continentale, la *law merchant*, trovò l'istituto di cui abbisognava.

È da questo processo di osmosi, facilitato dai contatti creati dai mercati e dalle fiere dell'epoca, che sorge la *bankruptcy* nell'ambito della *law merchant*. Pare anzi che non vi sia stata solo un'influenza italiana indiretta e mediata sul diritto fallimentare inglese, se LORD COKE accusava i mercanti lombardi di avere introdotto in Inghilterra non solo la *bankruptcy* ma anche la pratica di non pagare i debiti (36), e se contro di essi in particolare erano dirette le prime leggi sul fallimento.

Quando poi la *law merchant*, attraverso l'oggettivazione propria del diritto commerciale, la cui tendenza fu ben presto a trascendere gli interessi della sola classe mercantile (37), sarà assimilata alla *common law*, specie ad opera di LORD MANSFIELD, i suoi istituti, tra cui il fallimento, verranno a far parte del diritto comune inglese.

6. — Questa preliminare indagine storica mi pare abbia chiaramente dimostrato la derivazione della *bankruptcy* dagli statuti italiani. Le caratteristiche essenziali che il fallimento aveva in tali statuti saranno perciò riscontrabili nella storia del diritto fallimentare inglese e poi americano; altre, di creazione autonoma, verranno tuttavia ad aggiungersi nei successivi periodi e la loro individuazione rimarrà certo facilitata da questa introduzione storica, che ancora renderà possibile una spiegazione di vari aspetti della *bankruptcy*, facendovi risaltare l'apporto più moderno in-

p. 42). Seguono invece il sistema dell'assoluto privilegio del primo arrivato il diritto tedesco (FRAGISTAS, *Das Praeventifprinzip in der Zwangsvollstreckung ecc.*, Berlin, 1931) e il diritto anglosassone (GLENN, *Liquidation*, New York, 1935, p. 9).

(35) Cfr. GLENN, *Fraudolent Conveyances*, New York, 1931, n. 37 e *Liquidation*, New York, 1935, p. 9 sgg.

(36) COKE, *Institutes of Laws of England*, London, 1797, IV, p. 276.

(37) Vedi ASCARELLI, *op. cit.*, p. 37 sgg.

trodotto nella struttura dell'istituto dal diritto anglosassone, che fu fertile terreno per tale sviluppo. Ma alcuni principi fondamentali, quali la *par condicio creditorum*, il carattere pubblicistico del procedimento, il concetto di insolvenza, ed altri ancora, riveleranno chiare le tracce dell'origine comune e solo in essa potranno trovare una chiara e logica interpretazione.

7. — Una delle conseguenze più dirette ed evidenti, che derivano dal fatto che la *bankruptcy* è stata un istituto, diremo così, di importazione, è che la sua storia, contrariamente a quella della maggioranza degli altri istituti di diritto inglese, nonchè essere slegata dalle antiche radici della *common law*, è in gran parte una storia legislativa. Ma conviene qui fare una chiarificazione.

Si suole in effetti sostenere, da quasi tutti gli autori inglesi e continentali (38), che la *bankruptcy* è creazione diretta ed esclusiva della *statute law*, vale a dire di quella *lex scripta* che generalmente ha la funzione di correggere le eventuali storture della *common law* (*jus non scriptum*), principale fonte del diritto inglese (39).

Tale opinione che vorrebbe escludere completamente l'influsso della *common law* sull'origine e lo sviluppo dell'istituto del fallimento, tanto da farlo considerare un *artificial system* (40), va tuttavia in parte contraddetta e di molto limitata. Se è vero infatti che la *common law*, come ho già rilevato, non conosce

(38) HALSBURY, *Laws of England*, vol II, *Bankruptcy and Insolvency, by Corydon Luxmoore*, London, 1931, p. 4; GIBSON, *Bankruptcy*, London 1928, p. 1; ECKSTEIN, *op. cit.*, p. 1; LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 1; DEL MARMOL, *op. cit.*, p. 10.

(39) La *statute law* consiste infatti negli *addenda and errata of the book of the common law* » secondo la nota espressione di GELDART, *Elements of English Law*, Oxford, 1943, p. 11. Sulla nozione di *statute law* e *common law*, e per la comprensione delle fonti del diritto inglese, giovano particolarmente, senza citare le molteplici opere inglesi in materia, l'ancora fondamentale volume del LEVY-ULLMANN, *Le sistème juridique de l'Angleterre*, Sirey, Paris, 1928, e gli altri due del R. DAVID, *Introduction au droit privé anglais*, Paris, 1948 e *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, 1950; quest'ultimo interessante anche per una introduzione al diritto comparato in generale.

Sull'aumentare delle leggi scritte e sulle tendenze alla codificazione, specialmente in campo commerciale in particolare negli Stati Uniti d'America, vedi SERENI, *La common law negli Stati Uniti d'America*, in *Riv. It. per le Sc. Giur.* 1950, IV, 117 e G. ROSSI, *La codificazione del diritto commerciale negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 490.

(40) GIBSON, *op. cit.*, p. 1.

forma alcuna di procedimento concorsuale, e che l'origine del fallimento va ricercata, per le ragioni testè indicate, esclusivamente nelle leggi scritte, è pur anche vero che allo sviluppo della *bankruptcy* ha contribuito in egual maniera la *common law*, specialmente nei secoli XVIII e XIX, quando scarsi erano gli *statutes* e si sentiva la necessità di portare l'istituto alla pari con le esigenze del commercio. Furono infatti le corti di *common law* e di *equity*, che in quel periodo modificarono le leggi, quando queste erano difettose, e che introdussero norme basate su principi equitativi, laddove bisognava disciplinare nuove e non previste situazioni (41). *Tali principi equitativi ispirati al* favor debitoris *costituiranno anzi la più essenziale ed originale struttura della* bankruptcy.

Ma per la peculiarità del diritto inglese ed americano, essenzialmente a carattere giurisprudenziale, è necessario tener anche presente che le leggi scritte sono sempre sottoposte al controllo esercitato dalle interpretazioni delle corti, che vincolate dalle precedenti decisioni (*precedent rule*), possono in breve tempo creare nuove norme giuridiche, anche in contraddizione con la *lex scripta*, la quale a sua volta, rifugge dalle definizioni sistematiche, che vanno pertanto in generale ricercate nelle sentenze (*cases*). È questa la ragione per cui i principi razionali della *bankruptcy* si ritrovano massimamente nelle decisioni delle corti; questa anche la ragione per cui vi sono ancora molte questioni che, per far parte della cosidetta *common law of bankruptcy*, in essa solamente trovano la loro soluzione.

Concludendo, mi sembra più esatto dire che il fallimento ha avuto la sua origine nella *statute law*, ma che al suo sviluppo ed alla sua creazione ha contribuito in misura notevole anche la *common law*.

Ciò premesso, è opportuno passare ora all'esame dell'origine della *bankruptcy*, del suo sviluppo e della fisionomia che essa è venuta via via acquistando, per poterne poi con precisione indicare le peculiarità e per meglio poter affrontare lo studio del diritto fallimentare americano.

(41) POTTER, *Bankruptcy*, London, 1939, p. 6; HOLSWORTH. *op. cit.*, I, p. 241; VIII, p. 233; XII, p. 281 e 541; e con particolare riguardo ai concordati TREIMAN, *Majority Control in Compositions: its Historical Origins and Development*, 24 Va. L. Rev. (1938) 507, 512 e sgg.; NADELMANN, *Du Concordat préventif de faillite aux Etats-Unis d'Amerique et au Canada*, in *Rev. trim. de droit comm.* 1951, p. 704; DAWSON, *The Privy Council and Private Law in the Tudor and Stuart Periods*, 48 Mich. L. Rev. (1950) 410, 640.

8. — La fisionomia della *bankruptcy* nel diritto inglese, per quella sua derivazione dagli statuti delle città italiane, di cui ho appena fatto cenno, è nelle sue linee essenziali pressochè identica a quella del fallimento, quale ebbe origine in Italia e si sparse poi nel resto d'Europa. Ciò è dato trovare nell'esame delle leggi inglesi, che si sono accumulate nei secoli per la disciplina della *bankruptcy*. Altri caratteri particolari si aggiungeranno poi a quelli originari, ma ciò non toglie che questi ultimi siano quelli mutuati dagli statuti italiani ed in conseguenza rifluiti anche nelle diverse legislazioni fallimentari europee.

La legislazione statutaria italiana aveva caratteristiche penali ben definite (42) e le prime leggi inglesi non furono, in questo senso, diverse. L'aver sempre fondato il presupposto del fallimento in un atto del debitore (*act of bankruptcy*), l'averlo, come vedremo, assimilato alla fuga e l'aver previsto dure sanzioni a carico del fallito, sono chiare prove dell'influsso italiano.

Ma già nel diritto italiano si rivela tuttavia ben presto anche una diversa, sebbene incerta, più mite tendenza, nei riguardi del debitore. Lo STRACCA, accanto ad espressioni quali «*decoctor ergo fraudator, an valeat consequentia*», «*decoctores severissime punire, salus esset mercaturae*» precisa altrove, ispirandosi a differenti principi: «*contra mercatorem, qui fortunae vitio decoxit procedendum est civiliter, omni corporali cruciatu remoto*» (43). E mentre quasi tutta la legislazione statutaria italiana conservava sanzioni penali a carico dei decotti, a Venezia si sviluppava infatti un particolare complesso di disposizioni tendenti a favorire il debitore non colpevole. A seconda del grado dell'insolvenza e della colpevolezza, si distinguevano i debitori in «fuggitivi» ed «aggravati di debiti», prevedendo modi di liberazione a favore dei secondi, la cui insolvenza non era nè definitiva nè colpevole, attraverso salvacondotti e fide, che accordavano temporanee sospensioni dell'esecuzione, per agevolare trattative coi creditori, nel mentre che si liberava il debitore dall'arresto personale (44); e a mitigare le sanzioni penali sorgevano le procedure concordatarie (45). Ma ciò avviene solo in un secondo tempo e per lo più

(42) Vedi per tutti PERTILE, *op. cit.*, II, p. 393 sgg.

(43) *De Mercatura*, cit., pp. 475, 498.

(44) LATTES, *op. cit.*, pp. 309, 329, 335 sgg.; CASSANDRO, *op. cit.*, p. 113. Ci occuperemo più estesamente dell'argomento a proposito dei concordati.

(45) ROCCO, *op. cit.*, p. 215.

limitatamente agli Statuti Veneti, mentre le altre città italiane conservano al fallimento quel carattere infamante con cui era nato.

Il primo periodo della storia legislativa della *bankruptcy*, dalla legge del 1543 (34 & 35 Hen. VIII, c. 4) al 1700 circa, è contraddistinto per l'appunto da caratteristiche penali, mentre dal 1700 in poi il fallito non è più considerato necessariamente ed indistintamente come un criminale, dal momento che al carattere penale se ne sostituisce un altro antitetico, rispecchiante quel *favor debitoris*, che tendeva a far perdere all'istituto l'originaria sua funzione sanzionatoria (46). La fisionomia che il fallimento assunse eccezionalmente negli statuti veneti, divenne cioè nel diritto inglese quella normale e più essenziale. Tale nuova fisionomia costituisce ora il fondo autentico e più originale dell'istituto. Dice a tale proposito incisivamente il THALLER: « *Les vielles traditions britanniques sur lesquelles l'institution s'est développé, veulent que la faillite soit un mode de liberation* » (47).

La svolta legislativa venne operata da due leggi della Regina Anna [4 Anne, c. 17 (1705) e 10 Anne, c. 15 (1711)], che accordarono al debitore onesto un *certificate of conformity*, col quale egli veniva liberato dai debiti da lui contratti, senza più doverne rispondere e poteva in tal guisa, ancor nel corso della procedura fallimentare, abbandonare i suoi beni a soddisfazione dei creditori e iniziare, completamente libero, una nuova vita. Tale disposizione fu con ogni probabilità non solo la conseguenza di un sentimento di più umana giustizia nei riguardi del fallito, ma anche di una più realistica valutazione della vita commerciale, considerato che il credito è concesso nell'interesse del debitore e del creditore ad un tempo, che il dar credito necessariamente comporta dei rischi e che il debitore sfortunato deve rispondere coi suoi averi e non coi suoi futuri guadagni o quel che è peggio con la sua libertà personale (48). È dal *certificate of conformity*,

(46) Cfr. HOLDSWORTH, *op. cit.*, XI, p. 445; BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1766, vol. II, p. 47: « *But at present the laws of bankruptcy are considered as laws calculated for the benefit of the trader, and founded on the principles of humanity as well as justice* ». Vedi anche LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 8.

(47) *Op. cit.*, I, p. 108; ed in generale possiamo ben accogliere l'opinione del JATTA (*La codification du droit international de la faillite*, Amsterdam, 1895, p. 3) «. . . *le caractère penal de la faillite sans se perdre entièrement, s'est effacé peu à peu devant le caractère patrimonial* ».

(48) LEVINTHAL, *op. cit.*, 67 Pa. L. Rev. (1919) 1, 19.

che poi s'è sviluppato quel tipico istituto della *discharge*, peculiare dei paesi di *common law*, per il quale il debitore viene liberato da tutte le sue obbligazioni con la liquidazione fallimentare dei suoi beni, qualunque sia la percentuale percepita dai creditori a liquidazione compiuta (49).

Una più equa considerazione delle condizioni del debitore, derivante dalla costazione dell'ingiustizia insita nel travolgere nella stessa rovina colpevoli e non colpevoli, risponde ad esigenze moderne ed ha trovato nel diritto di *common law* la sua migliore attuazione, favorita in modo notevole dalle corti di *equity* che, ispirandosi a principi equitativi, introdussero nella *bankruptcy* nuove fondamentali strutture (50).

Ma tali caratteristiche del fallimento dovevano poi ricevere una implicita conferma dall'introduzione nel 1813 (53 Geo. III, c. 102) della procedura di *insolvency*, istituita come correttivo alle originarie esecuzioni personali della *common law*, per coloro (cioè i non commercianti) che non potevano essere assoggettati alla procedura di *bankruptcy*. Si volle con la *insolvency*, in altre parole, creare una nuova forma di esecuzione che fosse ispirata anche per i debitori civili a quei principi liberatori di cui già i commercianti godevano nella *bankruptcy*. Ma il riconoscimento formale di tale indirizzo del diritto fallimentare inglese è venuto soltanto nel 1921, quando la giurisdizione in materia fallimentare è passata dalla *King's Bench* (corte penale) alla *Chancery* (corte di *equity*) (51).

L'aspetto penale dell'istituto non ha tuttavia ricevuto una particolare disciplina al di fuori della *bankruptcy*, ma è pur sempre rimasto alla base dell'istituto, anche se su di esso si sono poi innestate tutte quelle procedure di liberazione che, sfociate nei concordati e nella *discharge*, ne costituiscono oggi — giova ripeterlo — uno dei lati fondamentali, se non il canovaccio stesso. La legge inglese non prevede infatti alcuna pena contro le persone, la cui insolvenza vada imputata a loro colpa o negligenza o che abusino del credito concesso, ma semplicemente si limita a rifiutare loro i favori che essa di norma accorda al fallito ed ogni

(49) Cfr. G. ROSSI, *Equivoci sul concetto d'insolvenza*, *cit.*, p. 182 nota 30.

(50) G. ROSSI, *loc. cit.*; TREIMAN, *The Law and the Insolvent Debtor*, 12 St. Louis L. Rev. (1927) 189.

(51) Il passaggio è stato dichiarato da un *order* del *Lord Chancellor* in data 15 agosto 1921.

eventuale *discharge* che essi possono ottenere sarà sempre sottoposta a condizioni, quali le prove di una migliore futura condotta, cosicchè l'effetto liberatorio sarà quantomeno ritardato.

Infine, ultimo relitto storico dell'antico carattere penalistico dell'istituto, è il nome che esso ancora conserva: *bankruptcy*, del quale già s'è parlato (52).

Tuttavia, nè la mancata disciplina separata degli aspetti penalistici, nè la conservazione tradizionale del termine *bankruptcy*, dovrebbero trarre in inganno sui caratteri del fallimento nel diritto inglese, e poi americano, che hanno natura ben diversa non solo da qualsiasi istituto penalistico, ma anche dai diritti fallimentari continentali, i quali invero non conoscono alcuna forma liberatoria, come la *discharge*, dove il *favor debitoris* raggiunge la sua massima espressione (53). Tale è a mio avviso il substrato dell'istituto e credo che esso vada perciò tenuto costantemente presente nella sua trattazione.

Detto ciò, non mi pare di dovere insistere nell'errore in cui sono incorsi finora gli autori continentali, che prima di me hanno studiato la *bankruptcy* (54), i quali hanno constantemente attribuito all'istituto caratteristiche penali, che esso più non conserva, cercando per lo più di spiegarne in tale modo alcuni particolari aspetti, con interpretazioni, a mio avviso, fallaci, sulle quali ci dovremo poi intrattenere (55).

9. — Di un'altra caratteristica essenziale della *bankruptcy* è qui opportuno far parola, perchè serve a meglio inquadrare l'istituto e ad un tempo chiarisce ancor più specificamente quella relazione col diritto statutario italiano, della quale ho già fatto parola, e rende di conseguenza più fertile ogni comparazione col

(52) Vedi sopra p. 6. Il termine bancarotta, *banqueroute*, *bankerutt*, sono rispettivamente nei diritti italiano, francese e tedesco venuti a designare la disciplina penale del fallimento in contrapposto agli altri, fallimento, *faillite*, *konkurs*.

(53) Incomprensibile è la posizione degli autori continentali che han trattato di recente l'argomento (DEL MARMOL, *op. cit.*, pp. 81, 108; ECKSTEIN, *op. cit.*, p. 2; ARMINJON, NOLDE, WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris, 1952, II, p. 83), i quali si ostinano ancora a vedere caratteristiche penali nella *bankruptcy*, con le quali tra l'altro spiegano, in modo erroneo, alcuni aspetti di essa, come gli *acts of bankruptcy*, e la separata disciplina del fallimento delle società. Per una loro critica vedi G. ROSSI, *op. cit.*, 179 sgg. e più oltre p. 54.

(54) L'unica eccezione va fatta per il THALLER, *op. cit.*, I, p. 108.

(55) Vedi oltre pp. 54, 183.

diritto fallimentare del continente, che s'è sviluppato dall'identico originario ceppo.

Infatti la *bankruptcy* è procedura attualmente applicabile a commercianti e non commercianti.

Il fallimento è sorto negli statuti italiani, come istituto del diritto comune (56) piuttosto che della giurisdizione mercantile, sebbene alcune sue norme a volte dovessero essere applicate solo ai commercianti. Ciò fu perfettamente logico, perchè se si ammette che il fallimento è nato con la funzione di regolare l'andamento del credito e la vita del commercio in generale (57), è pur vero che in essa sono coinvolti tutti i debitori senza qualifiche od attributi di sorta.

La prima legge inglese sul fallimento del 1543 (34 & 35 Hen. VIII, c. 5) non faceva alcuna distinzione tra commercianti e non commercianti, anche se in pratica si applicava solo ai commercianti (58). Fu questa una contraddizione direi quasi logica, cioè dipendente dalla natura stessa di questa legge, la quale, derivata — attraverso il processo storico già più volte menzionato — dagli statuti italiani, non fece distinzione alcuna fra commercianti e non commercianti; ma entrata nel diritto inglese attraverso la *lex mercatoria* (*law merchant*) che si applicava soltanto ai *traders* (59), cioè ai commercianti, praticamente venne ridotta entro detti limiti.

(56) ROCCO, *op. cit.*, n. 72; MILONE, *op. cit.*, p. 179; LATTES, *op. cit.*, p. 310. Potremmo forse qui parlare di quella fase della storia del diritto commerciale, che l'Ascarelli ha chiamato d'« oggettivazione », nella quale il diritto commerciale, per la generale validità dei suoi istituti, trascese i limiti della classe (commercianti) per cui era sorto. (ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, *cit.*, p. 19).

(57) Ciò è del resto generalmente ammesso dalla più varia dottrina. Si veda: LATTES, *op. cit.*, n. 25; PERTILE, *op. cit.*, VI, p. 887; THALLER, *op. cit.*, I, n. 27; ROCCO, *op. cit.*, p. 8; KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuggart, 1891, n. 21; FERNANDEZ, *Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, 1937, n. 93; LEVINTHAL, *The Early History of Bankruptcy Law*, 67 *Pa. L. Rev.* (1919), OLMSTEAD, *Bankruptcy a Commercial Regulation*, 15 *Harv. L. Rev.* (1901) 289; ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, *cit.*, p. 41; G. ROSSI, *op. cit.*, p. 178.

(58) JENKS, *A Short History of English Law*, London, 1928, p. 383.

(59) I *traders* erano una classe di persone ben distinta dal resto della comunità (cfr. HOLDSWORTH, *op. cit.*, I, p. 526). Per essere *traders* bisognava dapprima indirizzare domanda al *Chancellor*, ma successivamente si giunse alla definizione di *trader*. « *One who buys and sells* » fu definito il *trader* da BRAMWELL, B., in *Josselin* v. *Parson* (1872), 41 L. J. Ex. 60; cui va probabilmente aggiunta la precisazione fatta da BLACKSTONE (*op. cit.*, II, p. 473) che: « *one*

La legge fallimentare successiva, del 1571 (13 Eliz., c. 7), come del resto era logico, restrinse anche *formalmente* l'applicazione dei procedimenti ai soli *commercianti* liberandosi così dallo schema degli statuti e dando alla *bankruptcy* caratteristiche più consone alla *law merchant.*

I non commercianti continuarono perciò ad essere assoggettati alle procedure esecutive di *common law* : venivano ancora imprigionati, considerati criminali e messi in balìa dei creditori. È così che una nuova legge, il *Lord Redesdale's Act,* — e bisognerà tuttavia attenderla fino al 1813 (53 Geo. III, c. 102) ! — stabilisce a titolo provvisorio, reso poi da successive leggi definitivo, una nuova procedura liberatoria a favore dei debitori civili, cioè la procedura di *insolvency,* secondo la quale il debitore imprigionato ha la facoltà di presentare alla Corte (*Court for the relief of insolvent debtors in England,* creata apposta per tale procedura) una richiesta di liberazione, dichiarando d'abbandonare i propri beni ai creditori. Forse qui per la prima volta il diritto inglese conosce la *cessio bonorum* come forma di liberazione. In conseguenza di tale richiesta la corte poteva emanare un *vesting order* col quale « investiva » della proprietà dei beni del debitore un suo funzionario (*assignee*) e liberava così il debitore.

Ma nel 1756 la *law merchant* venne finalmente incorporata nella *common law* (60) mentre i suoi istituti divennero, a poco a poco, istituti di diritto comune, e dopo varie leggi operanti in tal senso (61), definitivamente nel 1861 (24 & 25 Vict., c. 134) la *bankruptcy* fu estesa anche ai debitori civili, con la conseguente

single act of buying and selling will not make a man a trader, but a repeated practice, and profit by it ».

(60) SMITH, *op. cit.*, *Intr.* CCXXV.

(61) Cfr. specialmente le leggi del 1843 e 1845 (5-6 Vict., c. 126 ; 7-8 Vict., c. 96). Che si sia aspettato sino al 1861 ad estendere l'istituto ai non commercianti, dipende, a mio avviso, dal fatto che erano sempre state fino allora le esigenze del commercio a consigliare cambiamenti ed elaborazioni della legge (HOLDSWORTH, *op. cit.*, XI, p. 445). Il mutamento è avvenuto quando ormai la distinzione non aveva più ragione di essere, perchè non esisteva più una giurisdizione speciale (*law merchant*), ed il termine *traders* venne ad assumere un significato non tecnico ma vasto e generico, che più non sarebbe servito a qualificare « una classe di persone ben distinta dal resto della comunità ».

La distinzione scomparve nel diritto americano già dal 1841, quando cioè si incominciava a far sentire quell'esigenza di indipendenza e di sganciamento dal diritto inglese, che condurrà poi quello americano su strade proprie.

soppressione della procedura di *insolvency* e della stessa *Court for the relief of insolvent debtors in England.*

Nella legge attuale rimangono alcune differenze di dettaglio tra commercianti e non commercianti : i primi ad esempio devono mostrare il loro stato d'affari più dettagliatamente e solo ad essi si applicano alcuni istituti speciali, quali quello della *reputed ownership,* che avremo occasione di esaminare in seguito. Ma tali differenze sono ancora notevolmente ridotte dalla larghissima accezione che ha assunto la formula della legge attuale : *trade and business,* con cui si vorrebbero indicare i commercianti. *Business* significa infatti continua occupazione che comporti responsabilità verso gli altri, da cui derivi profitto o guadagno (62), ed in pratica comprende qualunque forma di lavoro rimunerato.

La *bankruptcy* è dunque attualmente istituto di diritto comune e si applica tanto ai commercianti quanto ai debitori civili. Ciò vale per tutti i paesi di lingua inglese (63). Come si dirà più avanti l'estensione del fallimento ai debitori civili ha reso necessaria, tanto nel diritto inglese come in quello americano,

(62) LORD WRIGHT, in *Re a Debtor* (1936) 1 Ch. 237 ; 154 L.T.R. 44.

Vedine la definizione in questo senso in varie leggi : art. 45 *Partnership Act*, 1890, (53-54 Vict., c. 39); art. 39 *Finance Act* (n. 2) 1925 (5-6 Geo. 5, c. 87) e per la giurisprudenza anche *Re Wilkinson* (1922) 1 K. B. 584, 587 ; *Re a Debtor* (1927) 1 Ch. 97.

(63) Si ricordi a questo proposito che l'Italia è uno dei pochi paesi (Francia, Belgio, Brasile) che non conoscono il fallimento dei debitori civili, non tenendo conto che essi necessitano e partecipano della vita del credito non meno dei commercianti.

Tale limitazione, sconociuta agli Statuti italiani, si ritiene sia stata introdotta dalla famosa ordinanza francese del 1673 (*Ordonance de Commerce*, 23 Mars, 1673, tit. IX-XI, art. 1 ; *Recueil général des anciennes lois français* (ed. Isambert et al.) 1823 vol. 19, p. 91), e la tradizione che si va tramandando da secoli è dovuta poi ad un semplice errore di interpretazione (cfr. THALLER, *op. cit.*, I, p. 147), in quanto è solo nel preambolo di detta ordinanza che si parla di assicurare con essa la prosperità del commercio ; nè tale innocente dichiarazione poteva condurre a ritenere applicabile ai soli commercianti i titoli riferentesi alla disciplina del fallimento ! Accolta dal *Code Napoléon* la limitazione è passata nel diritto degli Stati moderni, di cui ho fatto parola.

La prima legge ad applicare il fallimento ai soli commercianti fu in realtà l'*Ordenanza de Bilbao* (1737), di cui ho già detto (vedi n. 4).

Per un completo panorama di diritto comparato sull'argomento, si veda FERNANDEZ, *Fundamentos de la quiebra*, Buenos Aires, 1937, p. 30 sgg.

l'introduzione di procedure speciali riguardanti in modo particolare gli agricoltori e i salariati (64).

Per quanto concerne gli Stati Uniti, la *bankrupcty* si svincolò invero, ancor prima che in Inghilterra, dalla sua natura di istituto proprio della sola classe dei commercianti (65).

10. — Delineate a questo punto le caratteristiche essenziali della *bankruptcy* nel diritto inglese, potremmo interrompere l'indagine storica e passare senz'altro alla trattazione del diritto americano, dal momento che gli sviluppi del fallimento in Inghilterra, dopo il 1800, anno in cui compare per la prima volta una legge fallimentare americana, non interessano più direttamente gli Stati Uniti, che sviluppano poi in modo indipendente ed originale i principi ricevuti dal diritto inglese. Purtuttavia, seguendo il piano di questo lavoro, che vuole ad un tempo fornire nozioni storiche necessarie alla comprensione degli istituti del diritto fallimentare americano, e dare un più ampio respiro alla trattazione attraverso riferimenti comparativi col diritto inglese, continueremo l'indagine in riguardo all'Inghilterra per avere un panorama completo del suo diritto attuale e perchè meglio possano poi risultare le modifiche e le novità apportate all'istituto dal diritto americano. Il far notare le frequentissime e notevoli divergenze servirà fors'anche ad indicare più generali caratteristiche e differenze fra i due maggiori sistemi di diritto di *common law* ed a impedire che si possa cadere nell'equivoco di ritenere che la *common law* formi in materia fallimentare un blocco solido e compatto (66).

Anche in Inghilterra, come in genere accade in tutte le le-

(64) La necessità di prevedere procedure speciali laddove il fallimento sia stato esteso ai non commercianti è sentita dovunque (cfr. H. HOLM-NIELSEN, *La faillite non commercial en droit anglais et americain*, in 63 *Bull. Soc. Legisl. Comparée* (1933-34) p. 224). Di essa tuttavia ci occuperemo trattando di tali procedure speciali; valga qui il semplice accenno.

(65) Vedi p. 34.

(66) Equivoco peraltro non difficile, se in esso è caduto anche un insigne giurista come il LAMBERT: «... *legislations se rattachant au droit civil, qui malheureusement est loin de constituer un bloc aussi solide et aussi compact que son rival, le common law*» nella prefazione a LEH, *La faillite dans le droit européeen continental*, Paris, 1932, p. XXXII.

gislazioni (67), la struttura del fallimento è stata alternativamente pubblicistica e privatistica.

I primi statuti ispirati a criteri sanzionatori crearono un istituto con carattere pubblicistico e diedero rilievo, nella formulazione delle norme, più all'interesse dello Stato a punire il fallito, considerato come un criminale, che a quello dei creditori di ricavare il massimo possibile dalla esecuzione sui beni del fallito in soddisfazione del loro credito. Il successivo carattere in favore del debitore, non modificò affatto la struttura pubblicistica del fallimento. Senonchè l'eccessiva tendenza al *favor debitoris*, pregiudicò spesso gli interessi dei creditori, le cui continue proteste, portarono alla legge del 1869 (32 & 33 Vict., c. 71) che, sopprimendo i controlli della autorità giudiziaria, ridusse il fallimento ad un affare privato da regolare tra creditori e debitore.

Il nuovo sistema ricevette il nome di *voluntarism*, in contrapposto al precedente chiamato *officialism*, ad indicare appunto la nuova tendenza privatistica dell'istituto, le cui sorti vennero in pratica abbandonate alla volontà degli interessati. *Discharge*, concordati amichevoli e preventivi erano affidati all'arbitrio della maggioranza dei creditori, mentre le registrazioni nelle cancellerie delle corti avevano il solo scopo di certificare l'esistenza dei requisiti meramente formali degli atti. Negli anni seguenti a tale legge, il numero di concordati aumentò in modo più che considerevole ed il fatto che essi fossero per la maggior parte frutto di frodi e di prevaricazioni da parte dei creditori pregiudicò gravemente la moralità del commercio e rese necessario ancora una volta l'intervento del legislatore con una radicale riforma.

La legge del 1883 (46 & 47 Vict., c. 52), nata come reazione a quella del 1869, sovvertì infatti i principi ai quali s'era fino allora ispirata la disciplina del fallimento e ne sanzionò definitivamente il carattere pubblicistico, introducendo un nuovo metodo per l'accertamento dell'insolvenza attraverso il sequestro dei beni del debitore e sottoponendo l'amministrazione del fallimento al controllo della autorità amministrativa (*Board of Trade*) (68).

(67) Così ad esempio per il diritto italiano, cfr. SATTA, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1952, p. 26 sgg.

(68) Il *Board of Trade* è una sezione dell'*English Civil Service*. Tutti i procedimenti diretti all'accertamento dell'insolvenza (interrogatori, ecc ...) sono sotto la guida di un suo funzionario, l'*Official Receiver*, il quale,

L'intervento delle autorità amministrative per la sorveglianza dell'amministrazione dei fallimenti, venne giustificato dal fatto che il fenomeno del dissesto e la sua rimozione interessano non solo i singoli individui in esso direttamente od indirittamente coinvolti, ma anche l'economia del paese in generale (69). Si pensò quindi che un controllo dovesse venire effettuato anche da chi è poi — come il *Board of Trade* — responsabile davanti al parlamento, piuttosto che solamente dai giudici, i quali sovente non hanno e non possono avere la competenza necessaria per intervenire efficacemente. L'organo della pubblica amministrazione ha l'onere di chiarire la situazione del debitore con giudizio imparziale, venendo così ad assumere un compito sussidiario di grande importanza nei confronti dei giudici, che difficilmente possono venire a conoscenza delle contingenze economiche generali e particolari che hanno provocato l'insolvenza, la quale prima ancora di essere uno *status* giuridico è una condizione economica. Tale intervento amministrativo è un altro degli aspetti essenziali dell'istituto nel diritto inglese, che hanno notevolmente influito su alcuni suoi presupposti fondamentali (70).

In definitiva gli scopi della legge del 1883 (71), furono essenzialmente due, come risulta dalle ormai celebri parole di J. CHAMBERLAIN, quando la presentò al Parlamento: il primo, la rapida distribuzione dell'attivo tra i creditori; ed il secondo, la prevenzione dei fallimenti piuttosto che la loro cura (72).

ad indagini compiute, dovrà riferire le sue conclusioni alla corte ed ai creditori.

Si noti tuttavia fin d'ora che la procedura fallimentare non è separata in due fasi: una amministrativa ed una giudiziale, perchè l'*Official Receiver*, pur essendo un funzionario del *Board of Trade*, è tuttavia alle dirette dipendenze della corte (s. 70 (1)), di cui è anzi un *officer* pur non essendone un diretto rappresentante (cfr. HORRIGE J., in *Re Ash* (1913), 110 L. T. 48). La fase amministrativa è cioè di semplice ausilio, e non esorbita dal potere e dal controllo del giudice.

(69) Sull'interesse generale dello Stato alla rimozione dell'insolvenza e sul carattere pubblicistico dell'istituto, si leggano le pagine del CANDIAN, *Il processo di fallimento*, Padova, 1933, n. 21 sgg. Il diritto americano conosce un intervento dell'autorità amministrativa nella riorganizzazione delle società.

(70) Cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, p. 183 sgg.

(71) Per un esame accurato di tale legge, si veda LYON-CAEN, *loc. cit.*, ed anche DEL MARMOL, *op. cit.*, p. 82 sgg. e G. ROSSI, *loc. cit.*

(72) HANSARD, vol. CCLXXVII, p. 817: « *Two things must be kept in mind: Those were, firstly, in the honest administration of bankrupt estate, with a view to the fair and speedy distribution of the assets among the creditors, whose property they wer ; and in second place, their object should be following the idea that prevention wa better than cure, to do something to improve the general tone of commercial mc ality, to promote honest trade, and to lessen the number of failures* ».

La breve disamina che ho condotto su alcune generali caratteristiche della legislazione inglese è servita oltre che come indispensabile introduzione al diritto fallimentare americano anche come necessario preambolo allo studio della legge attualmente in vigore. Ho tralasciato di addentrarmi su particolari talora interessanti della precedente legislazione inglese, perchè mi premeva di tracciarne con chiarezza l'origine e le più essenziali caratteristiche e perchè farò più ampi riferimenti alle leggi passate, trattando di singole questioni, per la cui comprensione sarà necessaria una approfondita ricerca storica.

11. — Il corpo centrale della legge fallimentare vigente in Inghilterra è contenuto nel *Bankruptcy Act* del 1914 (4 & 5 Geo. V, c. 59) (73), che sostanzialmente ha ripreso i principi della legge del 1883. Ulteriori modifiche sono poi state apportate dal *Bankrupcty Amendment Act* del 1926 (16 & 17 Geo. V, c. 7). Più recentemente la legge è stata ancora emendata per quanto riguarda la dottrina della *preference* (s. 44) dal *Companies Act* del 1947 (10 & 11 Geo. VI, c. 44). La legge è divisa in 149 articoli (*sections*) ed è seguita da sei annessi (*schedules*), contenenti disposizioni di carattere amministrativo. Altre appendici alla legge sono costituite da 388 *rules* che sono norme procedurali di estrema importanza pratica (74) e dalle 202 *bankruptcy forms*, che indicano le forme obbligatorie nelle quali devono essere redatti i vari atti processuali.

La legge attuale appare stabile e sostanzialmente soddisfacente (75); in effetti essa non ha subito, dal 1914 ad oggi, mutamenti essenziali. Crisi economiche e cambiamenti fondamentali nel settore commerciale della vita civile non l'hanno influen-

(73) Ad e so faremo riferimento, citando solo il numero degli articoli preceduto da *s.* (*s ction*). La citazione delle altre leggi sarà invece sempre completa.

(74) Alc ne *Bankruptcy Rules* introdotte quando la procedura fallimentare era dive sa dall'attuale, sono state criticate per il loro anacronismo: RAEBURN, *A Anachronism in the Bankruptcy Rules*, 9 Mod. L. Rev. (1946) 274. Le *rules* 7 e 68 sono state di recente modificate (*Bankruptcy Rules*, 1952, n. 2113 (L. 14 ; *Statutory Instruments*, 1952, Part. I, 213).

(75) STAI LE, *Bankruptcy Law and Practice of England*, 5 J. N. A. Ref. *Bankr.* (1934) 104 e *The New Bankruptcy Act*, 14 J. Soc'y Comp. Leg. (1914) 34; DONOVAN REPORT, 71th Cong. 3d sess., *House Committee Print* (1932) 172.

zata (76), e forse ciò ne indica la bontà dell'ispirazione ed il notevole perfezionamento rispetto alle numerosissime leggi precedenti che peccavano di arcaismo, lungaggine ed imprecisione e necessitavano perciò di frequenti rimaneggiamenti (77).

(76) LEVI & MOORE, *Bankruptcy and Reorganisation: A Survey of Changes* I, 5 U. of Chi. L. Rev. (1937) 1, 18.

(77) Per una critica alla legislazione inglese anteriormente al 1883, si veda THALLER, *op. cit.*, I, p. 106; LYON-CAEN, *op. cit.*, p. 65. Si noti che le norme riguardanti il fallimento nel diritto inglese non si esauriscono tuttavia nel *Bankruptcy Act*, ma sono disseminate in altre leggi antiche e recenti (vedile in WILLIAMS, *op. cit.*, 1949, p. 830).

La letteratura inglese in materia di fallimento è piuttosto scarsa. Interessanti dal punto di vista storico e ricchi di acute indagini restano sempre gli antichi volumi già citati di LORD COKE (*Institutes of Laws of England*, 1628) e del BLACKSTONE (*Commentaries on the Laws of England*, prima edizione, 1756); e per ogni ricerca storica indispensabile è la colossale opera del HOLDSWORTH (*A History of English Law*, London, 1927-1955) e quella acutissima dell'EDEN (*Bankruptcy*, LONDON, 1826).

Per il diritto attuale esiste un commentario completo agli articoli della legge: WILLIAMS, *Bankruptcy*, London, 1949, di cui esiste un supplemento del 1954, curato da M. Hunter. Si tratta di un vero e proprio commentario, il cui maggior merito consiste nell'essere ricchissimo di materiale giurisprudenziale aggiornato. Pur mancando di sistematicità è per la sua completezza opera indispensabile a chiunque voglia addentrarsi nello studio del diritto inglese. Per una raccolta completa delle *forms* si veda ATKIN, *The Encyclopaedia of Court forms and precedents*, vol. IV. *Bankruptcy and Insolvency* (by G. Kingham and F. Smith) London, 1939.

Dei molti trattati e manuali esistenti — e che si troveranno citati nelle note — l'unico da segnalare mi pare il RINGWOOD, *Bankruptcy Law*, by H. JACOBS, l'ultima edizione è London, 1947) contenente una molto succinta ma ben inquadrata esposizione delle norme essenziali della *bankruptcy*. Da ricordare mi pare anche il BALDWIN (*The Law of Bankruptcy and Bills of Sale*, London, ultima edizione 1915), purtroppo non aggiornato, sebbene sia forse la più sistematica delle trattazioni inglesi; il II volume dell'HALSBURY's *Laws of England* (*Bankruptcy and Insolvency* by Corydon Luxmoore, 1931) e lo SMITH (*Mercantile Law*, by Gutteridge, LONDON, 1931). Tra i libri stranieri vanno ricordati i due volumi del THALLER, (*Des Faillites en Droit Comparé*, Paris, 1887) e quello del LYON-CAEN (*Lois anglais sur la faillite du 25 août 1883*, Paris, 1888), che ancora forniscono acute osservazioni ed una chiara traccia della procedura in generale, e quelli più recenti dell'ECKSTEIN (*Das Englische Konkursrecht*, Berlin, 1935) e del C. DEL MARMOL (*La faillite en droit anglo-saxon*, Paris, 1936): il primo da segnalare per la sua completa esposizione della legge, e della giurisprudenza, senza tuttavia sufficienti indagini storiche, il secondo per una più vivace trattazione, anche se talvolta discutibile nelle sue conclusioni. Un breve accenno è in ARMINJON, NOLDE, WOLFF, *Traité de droit comparé*, Paris, 1952, II, p. 82 sgg.

12. — Prima ancora di passare ad esaminare lo sviluppo della legislazione americana, mi pare interessante fornire un breve cenno su due altri sistemi che sono ad essa — per ragioni varie — molto vicini, per meglio rilevare quanto originali possano essere stati gli sviluppi che l'istituto del fallimento ha assunto uscendo dal mondo giuridico degli statuti italiani e innestandosi in quello dei paesi di lingua inglese; ciò potrà eventualmente offrire spunti per una ulteriore suggestiva comparazione.

I due sistemi di cui intendo far breve parola sono quello scozzese e quello canadese. Nè per l'economia del presente lavoro mi è possibile dare ad essi riferimenti più ampi; basterà averne indicata la problematica, per agevolare una eventuale futura indagine.

Il diritto scozzese ancor più di quello inglese subì l'influenza del diritto comune europeo; influenzato dalle scuole giuridiche francesi e olandesi (78), presenta quasi un ponte fra la *common law* e i sistemi continentali, ed i suoi istituti, sviluppatisi in un clima di indipendenza, presentano interessanti punti di contatto con i corrispondenti istituti degli ordinamenti sorti dal diritto romano.

Infatti la Scozia conobbe come modo di liberazione dalla esecuzione personale del debitore, la *cessio bonorum*, che abbiamo visto essere invece completamente sconosciuta alla *common law* inglese. Essa venne abolita solo nel 1913, dalla legge attualmente in vigore [*Bankruptcy* (*Scotland*) *Act*, 1913 (3 & 4 Geo. V., c. 20)]. E v'è di più: fin dalla prima legge fallimentare del settembre 1696, il diritto scozzese accolse il sistema della revocatoria degli atti in frode ai creditori — come era allora conosciuta in Francia, con solo differenza nei termini — invece di quello inglese della *relation back*, vale a dire della retroattività degli effetti del fal-

Per il diritto internazionale privato si veda il recente lavoro del BLOM-COOPER, *Bankruptcy in Private International Law*, London, 1954.

Va ricordato infine che saltuari e rari sono gli articoli sul diritto fallimentare, sulle riviste giuridiche inglesi.

(78) MacMILLAN, *Le droit écossais come sujet d'étude de droit comparé*, in *Memoires de l'Academie internationale de droit comparé*, t. II, parte IV, p. 20 sgg.; LEVY-ULLMANN, *Le droit écossais*, in *Bull. de la Societé de législ. comp.*, 1923-24, p. 122. Per una introduzione generale al diritto scozzese, vedi GLOAG and HENDERSON, *Introduction to the Law of Scotland*, 5th ed., Edinburg, 1952.

limento in generale alla prima manifestazione dell'insolvenza (79). E la stessa insolvenza viene ancora identificata con la cessazione dei pagamenti, mentre diritto inglese ed americano si limitano ad enumerarne le manifestazioni (*acts of bankruptcy*) (80).

Ma simile in questo al diritto inglese, quello scozzese conosce un particolare sistema di liquidazione delle società per azioni, sottratte alla procedura fallimentare (81).

La Scozia rivendicò sempre l'autonomia del suo sistema di diritto fallimentare nei confronti dell'Inghilterra. Quando infatti nel 1852 si tentò a Londra di formulare una nuova ed unica legge fallimentare per tutte le Isole Britanniche — e che in sostanza era una brutta copia di quella inglese — vi furono in Scozia vaste reazioni, così decise da far cadere il progetto (82).

La legislazione fallimentare canadese è al contrario di chiara derivazione inglese.

Il British North American Act del 1867 (ch. 3, s. 91) diede potere al Parlamento canadese di emanare leggi su determinate materie, tra cui quella fallimentare; mentre le leggi delle varie Provincie (*Provincial Assignments Act*) avrebbero dovuto rimanere in vigore solo in assenza di quella federale. Come negli Stati Uniti, esiste anche in Canadà un conflitto fra la legislazione federale e quella delle singole Provincie, alle quali è espressamente concesso il potere di emanare leggi attinenti ai beni e ai diritti civili esercitati nelle Provincie (*British North American Act*, 1867, s. 92); tuttavia la legge federale si ritiene costituzionale (*intra vires*) anche qualora invada incidentalmente il campo di

(79) BELL, *Commentaries on the Law of Scotland*, 7th. ed., Edimburg, 1870, II, p. 193.

(80) Cfr. G. ROSSI, *Equivoci ecc...*, *cit.*, p. 196.

(81) *Standard Property Investiment co.* v. *Dunblane Hydropathic co.* (1884) 12 R. 328.

(82) BROWN, *Comparative Legislation in Bankruptcy*, 2 J. Soc'y Comp. Leg. (1900) 251, 257. Vedi anche BURNS, *English and Scottish Bankruptcies*, L. Q. Rev. (1913) 460 sgg.

Tra le opere sul diritto fallimentare scozzese da citare è quella del BELL (*Commentaries on the Law of Scotland*, 7th ed., Edimburg, 1870), che — iniziata come lavoro esclusivamente sul fallimento, venne poi estesa ad un commentario sulle leggi in generale — resta, sebbene sia poco conosciuta anche nei paesi di *common law*, forse una delle più brillanti e ricche opere che siano mai state scritte in materia fallimentare. Due sono i principali trattati sulla legge attuale: GOUDY, *Bankruptcy*, 4th ed., Edimburg, 1914 e WALLACE, *The Law of Bankruptcy in Scotland*, 2nd ed., Edimburg, 1914.

competenza delle Provincie, purchè le sue norme possano essere interpretate come pertinenti allo scopo riconosciuto dalla costituzione come proprio della legge fallimentare (83).

La prima legge fallimentare canadese del 1869 (32 & 33 Vict., ch. 17) (84) fu presto sostituita dall'*Insolvent Act* del 1875 (38 Vict., ch. 16), abrogato a sua volta nel 1880. Bisogna poi arrivare fino al 1919 per trovare un'altra legge federale (9 & 10 Geo. V., ch. 36), che subì varie riforme fino al 1949, quando venne emanata la nuova legge attualmente in vigore (13 Geo. VI, ch. 7). Alcuni articoli di essa (ss. 55, 56, 57) sono dedicate alla particolare posizione della provincia di Quebec.

Notiamo qui soltanto che la legislazione canadese è chiaramente ispirata a quella inglese, anche per evidenti ragioni politiche. Come quella, disciplina separatamente la liquidazione delle società (85), conserva l'enumerazione degli *acts of bankruptcy* — seppur vi includa la cessazione dei pagamenti (s. 20 (j)) —, e conosce un sistema di controllo amministrativo paragonabile a quello del *Board of Trade* in Inghilterra. Esiste infatti a Ottawa — costituito il 1 dicembre 1932 — un Ufficio federale dei fallimenti, con a capo un *Superintendent of Bankruptcy* che controlla l'amministrazione dei fallimenti, l'opera dei *trustees* (curatori) e che ha la facoltà di intervenire come parte nel procedimento, ogni qualvolta lo ritenga opportuno (s. 3). Il diritto fallimentare canadese è uno dei più moderni, se non altro cronologicamente; legato a quello inglese, se ne è distaccato laddove questo si sia mostrato più arcaico ed anacronistico; il distacco s'è fors'anche operato sotto l'influenza del diritto francese. Alcune delle sue norme sono di interesse comparistico notevole (86).

(83) *Tennant* v. *Union Bank* (1894) A. C. 31, 63 L. J. P. C., 25; sull'argomento si veda BRADFORD and GREENBERG, *Canadian Bankrupcty Act*, 3d ed., Toronto, 1951; PELLAND, *Problèmes de droit constitutionnel, II: Banqueroute et faillite*, *La Revue du Droit (Québec)*, octobre 1936, 65.

(84) È questa la prima legge adottata dopo la formazione della Confederazione; ma la prima vera legge adottata per tutta la provincia è del 1843 (7 Vict., c. X, s. 51).

(85) MASTER and FRASER, *Company Law of Canada*, 4th ed., Toronto, 1941.

(86) Scrittori americani hanno in studi comparativi messo in rilievo soprattutto la stabilità della legislazione canadese: cfr. LEVY and MOORE, *Bankruptcy and Reorganization: A Survey of Changes*, 5 U. of Chi. L. Rev. (1937) 1,18 sgg. e DONOVAN REPORT (by R. H. THAYER), *cit.*, p. 146 sgg.

Per quanto riguarda la letteratura canadese, oltre ai due trattati sulla vecchia legge di DUNCAN and REILLEY, *Bankruptcy in Canada*, 2d ed., Toronto,

13. — Ma dove il diritto inglese ha fatto sentire la sua maggiore influenza e dove per un certo periodo di tempo ha condizionato lo sviluppo della legislazione fallimentare è stato sopra tutto negli Stati Uniti d'America. La conseguenza è che il diritto fallimentare americano non può essere appieno compreso se non lo si studia almeno per quanto riguarda l'origine e lo sviluppo dell'istituto, unitamente al diritto inglese (87). Conoscendo infatti per sommi capi la struttura ed i caratteri della *bankruptcy* nel diritto inglese si potranno meglio comprendere gli adattamenti e le modifiche che essa ha subito negli Stati Uniti.

Nella maggior parte delle colonie americane, i primi sistemi di esecuzione furono quelli, già menzionati, della *common law* inglese, passata con qualche modifica nelle colonie (88). Il debitore veniva spogliato dei suoi beni, che erano poi trasferiti ai creditori. Nessuna forma di *discharge* era conosciuta ed anzi sovente il debitore veniva imprigionato (89). L'imprigionamento per debiti fu anzi superiore per numero di reclusi a quello per qualunque altro delitto o infrazione di legge (90).

Ma la mancanza di un sistema d'esecuzione concorsuale provocò negli anni immediatamente successivi alla Rivoluzione e alla Dichiarazione d'Indipendenza del 1776, gravi inconvenienti. Gli enormi debiti di guerra del Governo, i debiti privati, l'impossibilità di riscuoterli, le sommosse di masse intere di de-

1933 ; De La DURANTAYE, *Traité de la faillite*, Montréal, 1934, si veda il commentario alla nuova legge di BRADFORD and GREENBERG, *Canadian Bankruptcy Act*, 3d ed., Toronto, 1951, e pure sulla nuova legge LESAGE, *La nouvelle loi de la faillite*, in *Revue du Barreau de la Province de Quebec*, t. X, 1950, p. 252.

Per una traccia generale della procedura si veda C. Del MARMOL, *L'Administration de la faillite au Canada*, in *Annuario di diritto comparato e Studi Leg.*, vol. XIV, 1940, 257, e per brevi cenni sui concordati NADELMANN, *Du Concordat Préventif de Faillite aux Etats-Unis d'Amerique et au Canada*, in *Rev. trim. de droit comm.*, 1951, p. 703 sgg.

(87) GLENN, *Essential of Bankruptcy, Prevention of Fraud and Control of Debtor*, 23 Va. L. Rev. (1937) 373, 376.

(88) Cfr. in generale sull'argomento uno studio recente di W. WENGLER, *Die Anpassung des englischen Rechts durch die Judikatur in dem Vereinigten Staaten*, in *Festschrift für Ernest Rabel*, Tübingen, 1954, I, p. 38 sgg. ; e vedi anche A. S. TUNC, *Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amerique*, Paris, 1954, I, p. 24 sgg.

(89) NOEL, *History of the Bankruptcy Law*, Washington, 1919, p. 36. Sulla storia del fallimento nel diritto americano vedi anche WARREN, *Bankruptcy in the United States History*, Cambridge, 1935.

(90) CHANNING, *History of the United States*, New York, 1925, III, 483 sgg.

bitori, minacciarono grandemente la stessa esistenza del paese (91). Inutilmente si tentò nei singoli Stati di far approvare progetti di legge, che risolvessero la tragica situazione.

A riparare a tale stato di cose, provvide però la Convenzione Costituzionale del 1787 che in una clausola della Costituzione conferì espressamente al Congresso degli Stati Uniti il potere di emanare leggi fallimentari uniformi (92). La clausola della Costituzione in parola creò dunque la possibilità per gli Stati Uniti di avere una legge fallimentare federale, che regolasse in modo eguale in tutti gli Stati dell'Unione i rapporti tra debitori e creditori nell'esecuzione collettiva.

L'obbiettivo principale, derivante implicitamente dalle contingenze che avevano portato alla stesura della clausola costituzionale, *consisteva in sostanza nella regolamentazione della vita commerciale e del credito ; ed un esame dei dibattiti del* Congresso rivela come anche in seguito tale scopo abbia costituito la base delle argomentazioni fatte valere dai parlamentari a favore dell'emanazione delle varie leggi fallimentari (93).

Ma spettava pur sempre al Congresso di interpretare le parole della clausola costituzionale ed entro i suoi limiti di formulare le leggi. È interessante notare come tale interpretazione, di volta in volta sempre più ampiamente estensiva, abbia condizionato considerevolmente la struttura dell'istituto del fallimento.

14. — Ma un carattere particolare della legislazione americana, importa qui definire, e cioè il suo carattere di legislazione imposta e provocata dalle crisi economiche (94). Contrariamente

(91) Vedi la descrizione della situazione da parte di DANIEL WEBSTER in *Ogden* v. *Saunders*, 12 Wheat. 213, 247 (1827) e del *Chief Justice* MARSHALL in *Sturges* v. *Crowninshield*, 4 Wheat. 122, 204 (1819). Sull'importanza generale nell'ambito del diritto costituzionale americano di queste due decisioni, cfr. TUNC, *op. cit.*, I, p. 123, 124, 149.

(92) Const. art. 1, 8, cl. 4 : « *to establish . . . uniform Laws on the subject of Bankruptcy throughout the United States* ». Tale clausola non era nella prima stesura della Costituzione, ma apparve successivamente ed in quella definitiva : cfr. STORY, *Commentaries on the Constitution of the United States*, Boston, 5th ed., 1891, II, § 1105 ; sul diritto costituzionale americano si vedano i due volumi finora publicati di A. e S. TUNC, *op. cit.*, e in particolare vol. I, p. 120 sgg.

(93) MADISON, *The Federalist*, No. XLII (1788) ; vedi anche OLMSTEAD, *Bankruptcy a Commercial Regulation*, 15 Harv. L. Rev. (1902) 829 sgg.

(94) LEVI and MOORE, *Bankruptcy and Reorganization : A Survey of Changes*, 5 U. of Chi. L. Rev. (1937) 1 sgg.

infatti alle legislazioni inglese, scozzese e canadese, quella americana subì continue e sostanziali modifiche dalle frequenti crisi economiche e finanziarie del paese. Per questa ragione, la sua storia è intimamente legata alla storia dell'economia, nel mentre che le diverse e continuamente nuove esigenze del commercio e della sua regolamentazione (intimamente legate alla struttura del fallimento) sono state la causa dei frequenti e talora sostanziali mutamenti legislativi. Ma le necessità di modifiche, che si facevano sentire subito dopo le crisi, nelle quali l'istituto dimostrava di volta in volta la sua inadeguatezza a risolvere i problemi dell'economia creditizia, si scontrarono sempre con l'interpretazione della clausola costituzionale ed i limiti che essa poneva allo sviluppo dell'istituto. *Dal conflitto di questi due elementi: le crisi che tendevano ad apportare modifiche ed a rendere la legge fallimentare più atta a risolvere contingenze e problemi moderni e la Costituzione che tendeva a frenare ed a conservare entro gli antichi limiti gli essenziali caratteri della legge, è nato il moderno diritto fallimentare americano.* Ed è di estremo interesse tracciare qui, seppur per sommi capi, le fasi più salienti di tale svolgimento, non solo dal punto di vista particolare di offrire una indispensabile introduzione allo studio dei vari problemi del diritto fallimentare americano, ma anche da quello più generale di indicare fino a quale punto l'istituto del fallimento, sorto a regolare il credito ed il commercio, si sia potuto estendere e dilatare sotto le pressioni di una economia di vasto sviluppo ed organizzazione quale è quella americana. Il diritto americano ha infatti certamente indicato come il fallimento, nella sua tradizionale struttura e disciplina, più non sia alla pari con la realtà economica, che l'istituto era sorto a regolare.

La Costituzione concesse al Congresso il potere di legiferare in materia di fallimenti (*on the subject of bankruptcies*) ed il nocciolo del problema fu perciò di stabilire ad ogni nuova emanazione di legge cosa si dovesse intendere per *bankruptcy* e quali norme — tra quelle che le contingenze economiche consigliavano di dettare — potessero essere chiaramente individuate come ad essa pertinenti.

Il tracciare le caratteristiche essenziali dell'istituto, l'estensione del suo ambito ed i suoi limiti, divenne perciò, non che questione teorica, un problema di estrema importanza pratica della cui soluzione dipese la costituzionalità o meno delle leggi fallimentari.

15. — La procedura di *bankruptcy* non era, come abbiamo visto, assolutamente conosciuta nel diritto delle colonie, e fu perciò necessario rifarsi comunque ad un modello di legislazione, che, date le affinità e le altre ben note contingenze storiche, non poteva essere che quella inglese. Non solo dunque, a partire dalla prima legge, emanata nel 1800 (2 Stat. 20), vi fu una completa recezione del contemporaneo diritto fallimentare inglese, ma la struttura e la fisionomia della *bankruptcy* furono anche in seguito quelle, ed esclusivamente quelle, del diritto inglese. Così, ad esempio, si introdussero gli *acts of bankruptcy* (manifestazioni di insolvenza enumerate dalla legge) e la procedura di fallimento venne applicata esclusivamente ai commercianti, perchè tale era il limite della contemporanea legislazione inglese.

L'influenza o la quasi assimilazione del diritto fallimentare inglese da parte di quello americano continua poi più o meno consciamente per oltre mezzo secolo e costituisce per tale periodo un considerevole freno allo sviluppo autonomo e libero del diritto americano; sebbene in sostanza la ragione del limite vada sempre ricercata nella interpretazione restrittiva della clausola costituzionale, per la quale *bankruptcy* significava solo fallimento così come esso era disciplinato dal diritto inglese. E credo che bisogni arrivare fino al progetto di legge, che rimase poi sempre allo stadio di progetto e passò sotto il nome di *Equity bill*, per assistere a una decisa presa di posizione contro il diritto inglese. Il progetto presentato il 6 dicembre 1882 dal senatore Ingalls del *Kansas* intendeva infatti, da quanto risulta dai dibattiti parlamentari, sottrarre la disciplina della *bankruptcy* dalla influenza del diritto inglese (95).

16. — Il primo *Bankruptcy Act* negli Stati Uniti è del 1800; di evidente derivazione inglese, durò solo poco più di tre anni e venne abrogato nel dicembre del 1803 quando Jefferson ed i Repubblicani vennero al potere (96). Fu necessaria una crisi economica, quella del 1837, per condurre ad una nuova legge

(95) 14 *Congress Record*, 47th. Congress 2nd. sess., p. 41. Il progetto è famoso anche perchè suggerì per la prima volta nel diritto americano un nuovo concetto d'insolvenza. Cfr. G. Rossi, *Equivoci sul concetto d'insolvenza, cit.*, p. 190; ma già la giurisprudenza per bocca di Mr. Justice Catron [*In re Klein*, 1 How. (U. S.) 277 (1843)] aveva dichiarato che i poteri del Congresso andavano al di là dei principi su cui si fondava la legislazione inglese.

(96) *Annals*, 8th. Cong., 1st Sess. 616 sgg.

che venne approvata nel 1841 (97), e che fu tra l'altro di notevole importanza perchè estese il fallimento anche ai debitori civili, prima ancora che ciò avvenisse in Inghilterra. Fu essa inoltre che introdusse la *discharge* senza l'approvazione dei creditori e che concesse al debitore la facoltà di chiedere il proprio fallimento (*voluntary bankruptcy*); ma dopo diciotto mesi di vita venne a sua volta abrogata (98). La facilità con cui si liberarono i debitori con la procedura di *discharge* e forse ragioni di carattere politico provocarono l'abrogazione (99).

Ma la guerra civile condusse nuovamente ad una seria crisi economica, e dopo interminabili discussioni sui vari progetti, finalmente si giunse nel 1867 ad una nuova legge (100), che conservò quel *favor debitoris*, cui si erano ispirate le precedenti, ma che a sua volta, dopo l'ennesima crisi del 1873, dovuta a fenomeni di speculazione e sovraproduzione in quasi tutti i settori dell'industria, venne modificata più volte fino alla abrogazione del 1878 (101).

Nuove proposte portarono infine alla formulazione della legge del 1898 (102), attualmente ancora in vigore, non ostante le ulteriori modifiche ad essa apportate. Questa cercò di rendere una volta per sempre definitivo e sistematico il diritto fallimentare americano, introducendo un nuovo concetto di insolvenza, che si basasse sullo spareggio economico tra attivo patrimoniale e passivo, per evitare che le continue ed alterne vicende dell'economia creditizia, conducessero troppo facilmente al fallimento chi, per mancanza di liquido, non pagava i debiti alla scadenza. Ma anche tale legge non s'è mostrata più stabile delle altre; modificata più di quaranta volte, subì emendamenti sopratutto dopo la grande depressione del '29. La successiva legislazione ancor più informata al principio del *favor debitoris*, dando grande espansione alle procedure dei concordati e dei vari modi di liberazione dei debitori, rese necessaria una completa revisione della legge,

(97) 5 Stat. 440 (1841).

(98) 5 Stat. 614 (1843).

(99) REMINGTON, *Bankruptcy*, 4th ed., New York, 1935, I, p. 15; 12 *Cong. Globe* 68 (55th Congress, 2nd Sess).

(100) 14 Stat. 517 (1867).

(101) 20 Stat. 99 (1878).

(102) 30 Stat. 544 (1898). Sull'importanza e sui precedenti di tale legge, vedi G. ROSSI, *op. cit.*, p. 190.

che avvenne nel 1938 col *Chandler Act* (103), il quale introdusse riforme di portata sostanziale, specie per quanto riguarda i concordati e la riorganizzazione delle società per azioni. Ulteriori modifiche sono seguite, di cui l'ultima di qualche importanza è quella del 7 luglio 1952 (104).

Alla preparazione del *Chandler Act* — su cui dovremo ritornare — e degli emendamenti del 1952, ha dato notevole contributo un'associazione giuridica americana, la *National Bankruptcy Conference*, organizzata nel 1932 e composta di rappresentanti della *National Association of Referees in Bankruptcy*, dell'*American Bar Association*, della *Commercial Law League of America*, della *National Association of Credit Men*, dell'*American Bankers Association*, dell'*American Institute of Accountants*, oltre che di pratici del diritto e di professori universitari. La principale attività della *National Bankrupty Conference* è quella di studiare la legislazione fallimentare, rilevarne i difetti e proporne eventuali emendamenti; tale attività va pertanto tenuta presente da chiunque voglia seguire da vicino gli sviluppi e le vicende del diritto fallimentare americano, ormai sottoposto al suo continuo controllo (105).

Non ho qui voluto addentrarmi nella indagine storica e nell'esame di ciascuna legge — il che farò trattando delle singole questioni, in modo da non rendere frammentaria l'esposizione —, ma soltanto ho voluto tracciare un breve quadro della legislazione, che serva ad individuare i caratteri essenziali della *bankruptcy* ed a preparare alla comprensione dei motivi e delle diverse caratteristiche dei suoi istituti.

A conclusione, risulterà pertanto chiaro come le leggi fallimentari americane, nella quasi totalità, siano state dettate sotto la pressione di gravi crisi economiche, che naturalmente hanno influenzato la natura e la struttura stessa dell'istituto; ed è in questo senso, direi, che la legislazione fallimentare degli Stati Uniti può essere chiamata senza reticenze una legislazione di crisi. Ciò spiega le continue modifiche, l'incertezza di certe disposizioni e nello stesso tempo la moderna ed elastica generale struttura dell'istituto.

(103) 52 Stat. 844 (1938).

(104) 66 Stat 421 (1952).

(105) Sull'attività della *Conference*, vedi Mc LAUGHLIN, *Aspects of the Chandler Bill to Amend the Bankruptcy Act*, 4 V. of Chi. L. Rev. (1937) 369, 377 e 12 J. N. A. Ref. Bankr. (1938) 124.

L'assimilazione del diritto inglese avvenne dunque sopratutto nella prima metà del secolo XIX e da esso il diritto americano mutuò i principî fondamentali della *bankruptcy*, tra cui primo il *favor debitoris*, su cui tanta enfasi pongono le legislazioni di *common law*; ma l'istituto prese poi negli Stati Uniti le sue indipendenti direttive, abbandonando a poco a poco i contatti col diritto inglese. Di conseguenza nessuna influenza ebbe negli Stati Uniti il sistema ufficialistico e pubblicistico introdotto dalla legge inglese del 1883 (106). Non ci troviamo pertanto di fronte negli Stati Uniti ad una procedura fallimentare controllata dall'autorità amministrativa, bensì ad un sistema di liquidazione più o meno sotto la direzione dei creditori, ancorchè il giudice del fallimento abbia — come del resto in Inghilterra — molto ampi poteri discrezionali.

Fu il pericolo di far fallire un numero eccessivo di persone durante i periodi di depressione economica che provocò negli Stati Uniti una legislazione — specie di recente — a carattere liberatorio. Il grande sviluppo che dall'ultima grande depressione hanno avuto i concordati, le moratorie ed il sistema di riorganizzazione delle società, ne sono un lampante esempio (107), e confermano infine l'autonomia dello sviluppo del diritto fallimentare americano anche nella direttiva di una delle più spiccate caratteristiche della *bankruptcy*: il *favor debitoris*.

(106) Vedi sopra pag. 23.

(107) Sulle cause di tale legislazione, si veda LEVY and MOORE, *op. cit.*, II, 5 U. of Chi L. Rev. (1938) 219, 244; IDEM, *Les Répercussions de la crise économique sur le droit des Faillites et des Concordats*, in 46 *Ann. de Droit Comm.*, 1937, p. 290; le note « *Compositions and Extentions under Recent Bankruptcy Amendement* », 33 Col. L. Rev. (1933) 704; « *Compositions A Suggestion for Federal Legislation*, 11 N. C. L. Rev. (1933) 310; vedi anche HANNA, *Diritti e garanzie dei creditori*, *Giur. Compar.*, *Ist. Ital. Studi Legisl.* vol. VIII (1942), p. 246; G. ROSSI, *Equivoci sul concetto d'insolvenza, loc. cit.*

Per le leggi sulle moratorie in generale negli U. S. A. vedi BUNN, *The Impairment of Contracts*: *Mortgage and Insurance Moratoria*, 1 U. of Chi. L. Rev. (1933) 249; FELLER, *Moratory Legislation*, 46 Harv. L. Rev. (1933) 1061.

Sull'influenza delle crisi economiche sul fallimento, nel diritto comparato, cfr. PERCEROU et NADELMANN, *Les répercussions de la crise économique sur le droit des faillites et des concordats*, in 46 *Annales de droit commercial*, 1937, I, 181; FREDERICQ, *Transformations des procedures des faillite et mésures preventives sous l'influence de la crise économique*, in 23 *Revue de l'Inst. Belge de Droit Comp.*, 1937, p. 105.

17. — Si arrivò a tale legislazione a carattere liberatorio nonostante la clausola costituzionale. Le interpretazioni estensive di essa iniziarono o furono quanto meno accennate fin dal CHIEF JUSTICE MARSHALL, in *Sturges* v. *Crowinshield* (108), che indicò come le esigenze del commercio impongano necessariamente l'esercizio di una certa discrezione da parte del Congresso. Ed ancora il Giudice STORY fu dello stesso parere quando dichiarò che i limiti del potere del Congresso sono molto generici e prevedono comunque la possibilità di emanare norme liberatorie a favore dei debitori (109). La *discharge* e le procedure concordatarie incominciarono in altre parole ad essere intese come parte essenziale della *bankruptcy* (110). Il *favor debitoris* — consigliato dagli effetti delle crisi economiche — venne insomma a poco a poco considerato come una delle sue fisionomie essenziali; le crisi economiche esigevano infatti tale interpretazione perchè ad esse si potesse porre qualche rimedio. E con i concordati e la *discharge* entrarono poi anche i vari procedimenti per la riorganizzazione delle società. La prima e più importante decisione della Corte Suprema al riguardo fu *Continental Illinois Nat. Bank & T. Co.* v. *Chicago, Rock Isla d and Pacific Railway Co.* (111), su cui avremo occasione di ritornare.

È chiaro ormai come la clausola costituzionale non possa più essere interpretata alla luce delle condizioni del tempo in cui la Costituzione fu redatta, ma alla luce delle diverse moderne contingenze economiche, che hanno di molto inciso sul cambiamento del diritto fallimentare americano (112).

(108) 4 Whea . 122, 195 (1819).

(109) *In Re I iman*, 20 Fed. Cas. 490, 493, Fed. Cas. n. 11, 673 (1874); vedi anche *Hanov r National Bank* v. *Moyses*, 186 U. S. 181, 22 S. Ct. 857 (1902).

(110) Sulle va ie ed alterne fortune dell'interpretazione del termine *bankruptcy* nella clai sola costituzionale vedi WARREN, *Bankruptcy in United States History, cit.* p. 9.

(111) 294 U. . 648, 55 S. Ct. 595 (1935); vedi anche *Canada Southern R. Co.* v. *Gebhard* 109 U. S. 527, 3 S. Ct. 363.

(112) Il NADE MANN (*The Recognition of American Arrangements Abroad*, 90 U. of Pa. L. R v. (1942) 780) dice molto incisivamente: « *The bankruptcy clause is to be inter reted, not in the light of the conditions with which the framers of the Constitution ere familiar, but in the light of what is required under modern conditions in orde to deal adequately with the relationship existing between embarassed debtors a d their creditors* ».

Resta a questo punto individuato come essenziale uno dei più fondamentali principi del diritto fallimentare americano e cioè quello del *favor debitoris*, cui si ispira non solo la *discharge*, ma tutta l'altra, ed ormai preponderante, legislazione a carattere liberatorio, che della *bankruptcy* forma la parte più originale e sostanziale ad un tempo (113), e che a sua volta presenta diversità notevoli nei confronti della corrispondente legislazione inglese, che non influenzata dalle crisi economiche, non si spinse mai agli estremi, cui giunse quella americana.

18. — Ho già sopra fatto notare che la legge fallimentare americana è legge federale e perciò di uniforme ed unica applicazione in tutti gli Stati dell'Unione ; ma s'è pure visto che, nella loro storia, gli Stati Uniti sono rimasti anche per lunghi periodi di tempo privi di una legislazione fallimentare. Era perciò logico che i vari Stati dell'Unione provvedessero, coi modi loro, alla creazione di norme atte a regolare i rapporti tra creditori e debitori (*Insolvency Statutes*). Si venne di conseguenza a creare un conflitto tra la legislazione dei singoli Stati dell'Unione e la legislazione federale.

Due furono i problemi essenziali creati da tale conflitto : il primo, concernente la validità della legislazione degli Stati quando non esisteva una legge fallimentare federale ; il secondo, i limiti di applicabilità della legislazione degli Stati quando una legge fallimentare fosse in vigore.

Il diritto americano, eccezion fatta per lo stato della Louisiana (114), non conosceva — fedele in questo al diritto inglese — alcuna forma di liberazione personale del debitore attraverso la *cessio bonorum*. L'imprigionamento per debiti — l'ho già notato — era grandemente in uso. Successivamente tuttavia

(113) Alcuni autori ancora sostengono che la caratteristica liberatoria sia qualcosa di sovrapposto alla originale e genuina procedura fallimentare e non costituisca di essa se non una parte secondaria e meramente incidentale : Olmstead, *Bankruptcy a Commercial Regulation*, 15 Harv. L. Rev. (1901) 829, 835 ; Levinthal, *The Early History of Bankruptcy Law*, 66 Pa. L. Rev. (1917-18) 223, 225 ; Remington, *A Treatise on the Bankruptcy Law of U. S.*, 4th ed., New York (1934-1937) I, p. 1.

Nel senso del testo, vedi Riesenfeld, *op. cit.*, p. 406 ; Treiman, *The Law and the Insolvent Debtor*, 12 St. Louis L. Rev. (1927) 189 ; Williston, *The Effect of a National Bankruptcy Law*, 22 Harv. L. Rev. (1909) 547, 555; e la nota in 36 Va. L. Rev. (1950) 813).

(114) Cod. civ. (1870) art. 2. 174.

i singoli Stati, cercarono di ovviare a tale grave inconveniente con leggi regolatrici dell'insolvenza, che tuttavia incontravano pur sempre un limite nell'art. 1, s. 10, cl. 1 della Costituzione, che vietava agli Stati di emanare leggi che modificassero o diminuissero la forza obbligatoria dei contratti (*impairing the obligation of contracts*) ; mentre non si negava la possibilità di esistenza di altre leggi entro detti limiti (115).

Il conflitto più rilevante fu sempre tuttavia fra le leggi statali e la legge federale in vigore : esso venne risolto particolarmente dalla giurisprudenza. Fin dalla fondamentale citata decisione della Corte Suprema, *Sturges* v. *Crowninshield*, l'opinione più autorevole fu che il potere, concesso al Congresso dalla Costituzione, di emanare leggi fallimentari uniformi, non togliesse agli Stati il diritto di emanarne di proprie, che venivano pur tuttavia *sospese* quando esistesse la legge federale. Fu anche deciso che quando questa venisse poi abrogata, non era necessario riemanare la legge dello Stato, che, essendo solo sospesa, rientrava automaticamente in vigore (116).

Ma il problema era in sostanza di stabilire quali dovessero ritenersi le caratteristiche delle leggi dei singoli Stati per considerarle sospese e non operanti, perchè in conflitto col *Bankruptcy Act*. Ed ancora una volta si dovettero individuare, per ragioni perciò sopratutto pratiche, le fisionomie essenziali di una legge fallimentare, al fine di poter limitare così la sospensione solo a quelle legislazioni che coprissero la materia fallimentare e creassero pertanto un vero conflitto di norme e di giurisdizione. È di estremo interesse a tale riguardo studiare le argomentazioni della giurisprudenza e della dottrina.

Tre dell più importanti e recenti decisioni della Corte Su-

(115) *Sturg* v. *Crowninshield*, 4 Wheat. 122, 195 (1819) ; *Ogden* v. *Saunders*, 12 Wheat 213 (1827). Anche quando gli *State Statutes* prevedessero la liberazione de debitore attraverso *discharge* e concordati, gli effetti di questi non potevano omunque estendersi al di là dei confini del singolo Stato. (Story, *Comme taries on the Conflitt of Laws*, Boston, 1834, n. 341). Di qui anche la necessi à di una legge « uniforme ».

(116) *Butle* v. *Goreley*, 146 U. S. 304, 13 S. Ct. 84 (1892). Sull'argomento vedi le note : « *he Force and Effect of State Insolvency Laws Under the Bankruptcy Act of* 1 98 », 11 Mich. L. Rev. (1912) 60 ; 10 Tex. L. Rev. (1932) 375 ; « *Suspension of tate Insolvency Laws by Operation of the Federal Bankruptcy Act* », 7 Wash. . Rev. (1932) 289 ; « *Relation of Bankruptcy Act and State Insolvency Statu es* », 49 Yale L. J. (1940) 1090.

prema (117) indicarono come pietra di paragone la *discharge*: qualora la legge di uno Stato prevedeva anche la *discharge* del debitore da tutti o da parte dei suoi debiti, essa doveva ritenersi legge fallimentare e pertanto sospesa da quella federale. Ciò vale a confermare l'opinione che ormai il *favor debitoris* è il carattere più essenziale della *bankruptcy*. Nessuna delle tre decisioni ritenne tuttavia che quella fosse la prova unica ed esclusiva. La dottrina si è a volte dichiarata contro tale opinione, sostenendo che la *discharge* non può aver rilevanza, ma che invece bisogna considerare se la legge prevede il concorso dei creditori nella esecuzione dei beni del debitore; la *par condicio creditorum* e non la *discharge* dovrebbe dunque essere in sostanza il termine ultimo di definizione di una legge fallimentare (118). Ma la giurisprudenza è ancora ferma sulla sua posizione e conseguentemente tutte le leggi dei singoli Stati dell'Unione, che non possono essere qualificate come leggi fallimentari, secondo il criterio indicato, saranno perfettamente valide, anche se dal punto di vista pratico costituiranno un mezzo concorrente (e spesso preferito) per la liquidazione del patrimonio del debitore insolvente.

Il limite più importante alla applicazione della legge fallimentare federale è pertanto costituito da quelle leggi dei singoli Stati dell'Unione, che disciplinano il diritto del debitore — già riconosciuto in *common law* — di trasferire in *trust* (119)

(117) *International Shoe Co.* v. *Pinkus*, 278 U. S. 261, 49 S. Ct. 108 (1929); *Probreslo* v. *J. M. Boyd Co.*, 287 U. S. 518, 53 S. Ct. 262 (1933); *Johnson et al.* v. *Star*, 287 U. S. 527, 53 S. Ct. 265 (1933); vedi anche *Boese* v. *King*, 108 U. S. 379 (1883) e la nota in 36 Va. L. Rev. (1950) 813.

(118) WILLISTON, *The Effect of a National Bankruptcy Law*, 22 Harv. L. Rev. (1909) 547, 555; Glenn, *Liquidation*, *cit.*, p. 210; HILL, *The Erie Doctrine in Bankrupty*, 66 Harv. L. Rev. (1953) 1013 e la decisione *Sampsell* v. *Imperrial Paper & Colos Corp.*, 313 U. S. 215, 219 (1941); il RADIN, *What is a Bankruptcy Act*, 20 A. B. A. J. (1934) 792, è dell'opinione che l'obbligo (*coercion*) fatto ai creditori di partecipare *in concorso* alla esecuzione dei beni è la fisionomia essenziale della *bankruptcy*. Si ricordi che — l'abbiamo già fatto rilevare — nel diritto americano l'esecuzione singolare segue la regola del *prior tempore, potior jure*, escludendo ogni possibilità di concorso degli altri creditori.

Sulla *par condicio creditorum* come fine ultimo del diritto fallimentare americano, vedi anche NADELMANN, *Fallimenti concorrenti ed uguaglianza dei crediti nelle Americhe*, in *Ann. dir. comp. e Studi legisl.*, vol. XXV, 1949, p. 105.

(119) Sull'istituto del *trust*, si veda FRANCESCHELLI, *Il «trust» nel diritto inglese*, Padova, 1935; GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 548; LEPAULLE, *Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, 1932; *Am. J. Comp. L.* 1953, 25-35; MOLINA PASQUEL, *La proprieté dans le trust*, Paris, 1951; LEPAULLE, *La notion de «trust» et ses applications dans les divers systèmes juridiques*, in *Actes du Congrès international de droit privé*, Roma, 1951, p. 197 (con abbondante bibliografia); oltre naturalmente ai vari lavori inglesi ed americani sull'argomento.

i suoi beni a beneficio di tutti i creditori, tra i quali dovranno essere liquidati. Il procedimento porta il nome di *assignment for the benefit of creditors* (120).

Dal momento che la Corte Suprema ha stabilito che nessuna legge statale può contenere norme riguardanti la *discharge* (121), le leggi sull'*assignment for the benefit of creditors*, competono però colla *bankruptcy* esclusivamente dal punto di vista della liquidazione (122). Più semplici e meno costosi nella loro procedura — in paragone alla *bankruptcy* — essi vengono in generale ad essa preferiti, così come lo sono del resto anche i procedimenti riguardanti la liquidazione delle società, previsti da parecchi Stati (123).

Ma ancora alla legislazione dei singoli Stati spetterà pur sempre definire, anche nella applicazione della legge fallimentare federale, quali siano i vari privilegi creati a favore dei creditori, quali beni siano esenti dall'azione dei creditori (*exemptions*) e quale sia infine la disciplina dei contratti e dei diritti reali in generale (124). Siccome poi la legislazione dei singoli Stati in tali materie è ben lungi dall'essere uniforme, ne deriva che evidentemente la stessa legge fallimentare federale è più uniforme

(120) Sulle differenze tra gli *assignements* in *common law* e quelli regolati dalle leggi dei singoli Stati (*statutory assignements*), che in genere sono più rigidi nel concedere al debitore libertà nel fissare i termini del *trust*, vedi in particolare GLENN, *Creditor's Rights*, *cit.*, p. 226 sgg.; IDEM, *Liquidation*, *cit.*, c. X.

(121) Vedi la nota 117. Alcuni Stati hanno tuttavia emanato — anche recentemente — leggi sull'*assignement for the benefit of creditors*, le quali prevedono la *discharge*: e sono precisamente la Virginia (Va. Code Ann. § 55-156 sgg. (1950)) ed il Texas (Tex. Civ. Stat. art. 261 sgg. (1948)).

(122) Cfr. sull'argomento WEINTRAUB, LEVIN & SOSNOFF, *Assignements for the Benefit of Creditors and Competitive Systems for Liquidation of Insolvent Estates*, 39 Cornell L. Q. (1953) 3.

(123) Su di essi, vedi DODD & BILLYOU, *Cases on Corporate Reorganization*, Brooklyn, 1950, p. 483 sgg.

(124) Sui limiti e sui poteri della Corte fallimentare a decidere su tali materie, vedi il «*leading case*», *Local Loan* v. *Hunt*, 292 U. S. 234, 54 S. Ct. 695 (1934).

in teoria che in pratica. Seppur con questi limiti, la *bankruptcy* non è infine neppure applicabile a tutti i debitori; ne restano esclusi quelli (ad esempio le banche e le società di assicurazione), per i quali è prevista una speciale forma di liquidazione prevista dalla legislazione degli Stati. Lo stesso dicasi per l'insolvenza dell'eredità. Ma di ciò ci occuperemo più avanti.

19. — È d'uopo a questo punto ricordare un altro sistema di liquidazione, che fa una notevole concorrenza alla *bankruptcy*, e perchè permette di liquidare i beni del debitore, quando questi non versi in tale stato di insolvenza da rendere incerto e difficile ogni ricavo da parte dei creditori (come avviene nella *bankruptcy* (125), nella quale tra l'altro si assiste in genere al fenomeno di non collaborazione della maggior parte dei creditori) e perchè il costo della sua procedura è di molto inferiore a quello del processo fallimentare: si tratta dei *friendly adjustements*, che in pratica poi sono veri e propri concordati amichevoli extragiudiziali (126).

I creditori, attraverso tali concordati, arrivano alla liquidazione del patrimonio del debitore, che non paga alla scadenza, al di fuori di ogni controllo delle corti fallimentari, e con la collaborazione di un'organizzazione a carattere privato: la *National Association of Credit Men*, che opera in tal campo attraverso uno speciale *Bureau*, composto di esperti in materia di liquidazione. Va notato che l'organizzazione non ha scopo di lucro, e gode inoltre la fiducia del corpo dei creditori, che essa rappresenta e che con essa collaborano.

La procedura viene esperita mediante l'adusata tecnica del *trust*: i beni vengono trasferiti al *Bureau* ed i beneficiari sono

(125) E questo avviene perchè col concetto di insolvenza adottato dalla legge americana, il fallimento può essere dichiarato solo quando il dissesto è così avanzato, da essere quasi disperato. Cfr. G. ROSSI, *Equivoci cit.*, p. 186.

(126) Sulla opportunità o meno dei *Friendly Adjustements* e per una loro trattazione completa, si veda BILLIG, *What Price Bankruptcy: A Plea for «Friendly Adjustement»*, 14 Cornell L. Q. (1929) 413; IDEM, *Extra-Judica Administration of Insolvent Estates: A Study of Recent Cases*, 78 Pa. L. Rev. (1930) 293; DOUGLAS and MARSHALL, *A Factual Study of Bankruptcy Administration and Some Suggestions*, 32 Col. L. Rev. (1932) 25, 42; GAMER, *On Comparing «Friendly Adjustement» and Bankruptcy*, 16 Cornell L. Q. (1930) 35; T. C. and M. S. BILLIG, *A Realistic Approach to the Study of Insolvency Law*, 16 Corn. L. Q. (1931) 542; e su varie opinioni in materia, si veda DONOVAN REPORT, *cit.*, p. 107.

naturalmente i creditori. Se il debitore è onesto, vi è anche la possibilità che gli venga concessa una *discharge*.

Tanto gli *assignements for the benefit of creditors* che i *friendly adjustements* sono perciò mezzi di liquidazione per evitare il fallimento, qualora le condizioni del debitore non siano ancora così pregiudicate da consigliare la lunga e costosa procedura di *bankruptcy*. Ma va notato che i due procedimenti vengono considerati dalla legge come manifestazioni di insolvenza (*acts of bankruptcy*) e che perciò basta che un creditore non collaborante faccia istanza di fallimento perchè essi ricadano nel nulla, e venga iniziata la procedura di *bankruptcy*. Pare dunque che il limite di concorrenza di queste procedure con quella fallimentare sia fissato dalla collaborazione e dall'interesse collettivo dei creditori.

20. — Materia speciale della giurisdizione federale, seppur con i limiti indicati, il fallimento nel diritto americano si avvale dunque di norme che ha recepito da altri sistemi: *equity receivership* per la riorganizzazione delle società (127) *bankruptcy* inglese, ed un po' di tutti i tradizionali modi di amministrazione dei patrimoni dissestati. Modificato dalle frequenti crisi di una società in continuo e febbrile sviluppo economico, ha comunque portato a maturazione — da quegli antecedenti storici — un sistema di esecuzione collettiva che ben può chiamarsi moderno per l'originalità delle sue soluzioni e per l'elasticità dei suoi schemi, che pur ancora rispecchiano i principi basilari su cui l'istituto, dovunque ed in qualsivoglia ordinamento giuridico, si fonda. Ma ancora saranno le varie procedure concordatarie e di riorganizzazione, che ormai si stanno sostituendo alla liquidazione fallimentare in senso stretto a colpire maggiormente per la loro novità ed originalità l'interesse del giurista continentale.

La legge fallimentare (*Bankruptcy Act*) attualmente in vigore è quella del 1898, con le modificazioni di cui s'è già fatto parola. La citazione degli articoli (citati con la sigla s. (*section*) sarà sull'edizione che comprende gli emendamenti fino al momento

(127) Prima del 1934 non vi era neppure — come vedremo — alcuna procedura federale di liquidazione delle società per azioni e si dovette perciò ricorrere a un istituto mutuato dall'*Equity*, e cioè l'*equity receivership*, che ebbe influenza fondamentale sulle norme emanate nel 1938 per la riorganizzazione delle società per azioni, che ora fa parte della legge fallimentare.

attuale, come la si trova in 11 U. S. C. (*United States Code*) (128). Si ricordi poi che a supplemento della legge, esistono i *General Orders* emanati dalla Corte Suprema ed autorizzati dalla s. 30,

(128) Lo *United States Code* è la compilazione di tutte le leggi in vigore, curate dal Congresso ; l'ultima edizione completa è del 1946, ma viene tenuta aggiornata da annuali supplementi. Noi ci riferiremo al *Supp.* 1952.

La letteratura americana sulla *bankruptcy*, contrariamente a quella inglese è molto ricca. Per la storia si vedano i due volumi citati del NOEL (*History of Bankruptcy Law*, Washington, 1919) e del WARREN (*Bankrutcy in the United States History*, Cambridge, 1935), che sebbene piuttosto sintetici danno tuttavia una generale e completa visione della formazione storica dell'istituto.

Imponenti e completi sono i due trattati-commentari del COLLIER *on Bankruptcy* (14th ed., New York, 1940-1947) e del REMINGTON *on Bankruptcy* (5th ed., New York, 1943-1947), difficilmente usufruibili se non per specifiche consultazioni.

Il volume del GLENN (*Liquidation*, New York, 1935), sebbene non aggiornato, è forse il più completo, sistematico ed intelligente libro sull'argomento ; sempre interessanti sono i suoi riferimenti storici. E dello stesso autore va segnalato anche l'altro volume : *Fraudolent Conveyances and Preferences*, New York, 1940.

Il più recente trattato in materia è quello del NADLER in due volumi (*The Law of Bankruptcy*, Chicago, 1948, Suppl. 1952 ; *The Law of Debtor Relief*, Atlanta, 1954) : abbastanza sintetico e completo ad un tempo. Uno sguardo panoramico d'assieme all'intera materia è in OLECK, *Debtor-Creditor Law*, New York, 1953, ed in una sintetica, ma chiara pubblicazione a cura dell'*American Law Institute* (*Bankruptcy and Arrangement Proceedings* by MULDER and FORMAN, 1952).

Sulla riorganizzazione delle società si veda specialmente FINLETTER, *Law of Bankruptcy Reorganization*, Charlottesville; 1939, ed i due volumi di MOORE and OGLEBAY, *Corporate Reorganization*, Albany, 1948, (di MOORE, si veda anche il *Bankruptcy Manual*, New York, 1939). Delle molte raccolte di giurisprudenza, da segnalare tra le più recenti HANNA and Mac LACHLAN, *Cases on Creditor's Rights*, 2 voll., Brooklyn [1948-1949] ; ed anche GLENN, *Cases on Creditor's Rights*, St. Paul, 1940. Esiste infine una rivista di diritto fallimentare specializzata, il *Journal of National Association of Referees in Bankruptcy* (solitamente abbreviato : J. N. A. Ref. Bankr.).

Sulla letteratura straniera abbiamo già notato l'insufficienza dei due volumi del Del MARMOL e di quello del NAON. Le difficoltà, anche di ordine materiale, dello studio del diritto americano hanno finora scoraggiato ogni studio di diritto comparato fallimentare su di esso, tanto più che buona parte dei migliori e più suggestivi scritti si trovano disseminati in numerosissimi articoli sulle varie riviste giuridiche americane, che denotano grande interesse per l'argomento.

Ci siamo qui limitati a dare cenno della essenziale bibliografia, che riferiremo più completamente nella trattazione delle singole questioni che siano degne di maggiore approfondimento.

e le *Official Forms* nelle quali devono essere redatti gli atti pertinenti dal processo. Ogni Corte distrettuale ha poi la facoltà di emanare norme procedurali locali (*local rules of Court*), che sono valide in quanto non contrastino con la legge e con i *General Orders* ; esse sono spesso di notevolissimo interesse e saranno a volte richiamate nel corso dell'indagine.

Capitolo II

I PRESUPPOSTI DEL FALLIMENTO

Sez. I. — *L'insolvenza*. — 21. Il concetto d'insolvenza come condizione della struttura di un sistema fallimentare. — 22. Il significato d'insolvenza negli statuti italiani e nella logica funzione dell'istituto del fallimento. — 23. Il problema della mancanza di liquidità ed i modi diversi adottati dalle varie legislazioni per risolverlo. — 24. Il concetto d'insolvenza passa dagli statuti italiani al diritto inglese. — Accertamento dell'insolvenza e *acts of bankruptcy* nel diritto inglese. — 25. Gli *acts of bankruptcy* nel diritto americano. — 26. Le varie definizioni di insolvenza nel diritto americano. — 27. Le ragioni che hanno condotto all'attuale definizione. — 28. Critiche al sistema della legge. Le varie definizioni di insolvenza corrispondono a diverse procedure di liquidazione, di cui il fallimento è una, ma non la sola. — Sez. II. — *Persone soggette al fallimento*. — 29. La distinzione tra la *voluntary bankruptcy* e la *involuntary bankruptcy*.

21. — L'apertura del fallimento è subordinata in ogni ordinamento all'esistenza di determinati presupposti a carattere soggettivo ed a carattere oggettivo. La dottrina francese, perspicuamente, li chiama *conditions de fond*, in quanto essi sono gli elementi essenziali e necessari perchè possa essere aperta la procedura concorsuale. Il presupposto oggettivo per l'apertura del procedimento è l'insolvenza, di cui è estremamente importante stabilire con chiarezza il significato e la definizione, in quanto da essa dipende anche il carattere delle varie procedure, complementari od indipendenti dal fallimento, ma che con questo concorrono alla liquidazione del patrimonio dell'insolvente. Le conseguenze che derivano dal concetto di insolvenza — adottato in un dato sistema — riguardano poi non solo la possibilità d'apertura del procedimento, ma condizionano anche svariati momenti della procedura stessa, ed in particolare la revoca degli atti in frode ai creditori e l'esistenza dei concordati.

Date queste premesse generali, il problema che si pone a questo punto è di individuare cosa s'intendesse per insolvenza

al tempo dell'origine dell'istituto del fallimento negli Statuti italiani, ed indicare come la sua recezione da parte dei sistemi di *common law*, in comparazione a quelli di diritto continentale europeo, abbia diversamente reagito nelle varie contingenze storiche, provocando quelle diversità — talora essenziali — di struttura che esistono nei due sistemi, tra di loro ben lungi dal potersi ritenere omogenei.

Il concetto di insolvenza è indiscutibilmente connesso con lo scopo del fallimento e cioè con la necessità di regolare la vita del credito. Siccome poi il credito esige, come ragione stessa della sua esistenza e dinamica, la puntualità degli adempimenti (1), è logico che la procedura fallimentare vada messa in moto appena che l'inadempienza si verifichi. Il « non pagare i debiti alla scadenza » (senza altre indagini) dovrebbe essere dunque il presupposto oggettivo del fallimento (insolvenza).

Ma qual'è allora la differenza tra inadempimento ed insolvenza ? In linea logica (e storica) la differenza dovrebbe essere esclusivamente quantitativa e non anche qualitativa ; dove per quantitativa s'intende contrapporre il non pagare il debito al non pagare i debiti e per qualitativa il non pagare il debito ad ogni eventuale valutazione di uno stato patrimoniale.

Il fallimento infatti è stato introdotto — e questo va detto specie per quei diritti che concedono una prelazione al creditore esecutante — per la soddisfazione su piano di parità, di tutti i creditori su tutti i beni del debitore. Il presupposto oggettivo del fallimento deve dunque sussistere quando l'inadempimento si estende a più rapporti obbligatori e l'esecuzione individuale non è perciò sufficiente alla soddisfazione dell'intero corpo dei creditori. (Naturalmente però anche un solo inadempimento potrebbe allora diventare il presupposto per l'esecuzione concorsuale, qualora esso fosse indice o minaccia probabile di altri e perciò d'insolvenza).

22. — Tale fu il senso d'insolvenza negli statuti italiani, dove originò il fallimento. Parecchi di essi in effetti previdero

(1) È questa comune opinione : cfr. Rocco, *op. cit.*, n. 5 ; Bedarride, *Faillites et banqueroute*, 1878, n. 27 ; Percerou, *op. cit.*, I, n. 184 ; Leh, *op. cit.*, p. 44 ; Fernandez, *op. cit.*, n. 93 ; Hohler, *Lehrbuch des Konkursrecht*, Stuggart, 1891, n. 21 ; Duscomb, *Bankruptcy. A Study in Comparative Legislation*, *2 Col. U. Studies in Hist. Econ., and Publ. Law*, 1893, p. 12 ; Glenn, *Liquidation*, *cit.*, p. 14.

l'apertura del fallimento — dietro spontanea presentazione del debitore o querela dei creditori — in caso di inadempienza, « motivo primo ed unico della apertura del concorso » (2). Ma il « non pagare i debiti alla scadenza » non può coprire completamente il presupposto oggettivo logico della apertura del fallimento, per cui si deve quanto meno aggiungere « con i mezzi normali di pagamento ». Per questa ragione, se il non pagamento dei debiti alla scadenza dovrebbe sempre costituire insolvenza — cioè presupposto oggettivo del fallimento —, questa dovrebbe essere estesa a comprendere quei casi di adempimento delle obbligazioni, che, per la loro natura fraudolenta, sono minaccia di non pagamento. Ed ancora, se veramente si vuole colpire il male (dissesto) al più presto possibile è necessario intervenire in ogni caso in cui l'insolvenza — per il momento nascosta da adempimenti che pregiudicano l'intero patrimonio del debitore — risulti da comportamenti evidenti dello stesso. La protezione del credito esige infatti che l'intervento della pubblica autorità avvenga quando esiste una fondata minaccia di insolvenza, e non quando il dissesto sia già avanzato ed incurabile.

Orbene se l'inadempienza è sempre stata considerata il sintomo tipico dell'insolvenza, altri comportamenti umani sono peraltro stati storicamente considerati come sintomi e manifestazioni più o meno evidenti dell'insolvenza.

Così negli statuti italiani vennero considerati come manifestazioni evidenti dell'insolvenza vari comportamenti del debitore che, in quel determinato periodo storico, potevano con certezza essere interpretati come sintomi della stessa. Di essi il più comune era allora la *fuga*, che venne perciò in tutti gli statuti affiancata all'inadempienza (3), e presto indicata come il sintomo più probante (4). Le ragioni storiche che portarono la *fuga* ad

(2) Arcangeli, *Gli istituti del diritto commerciale nel Costituto Senese del 1318*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, p. 365. È tale il caso del cap. 67, II del *Costituto Senese*, anteriore a parere dell'Arcangeli (*op. cit.*, p. 364) al 1224. Vedi anche *Statuti della Mercanzia di Brescia*, n. 107, citato in Rocco, *op. cit.*, p. 204 in nota.

(3) Rocco, *op. cit.*, p. 203 ; Cassandro, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XIV*, Torino, 1938, p. 96 ; Arcangeli, *op. cit.*, p. 364 ; G. Rossi, *op. cit.*, p. 181.

(4) Rocco, *loc. cit.*; Bonelli, *Il fallimento*, Milano, 1938, I, p. 63 ; Lattes, *op. cit.*, p. 309 ; Pertile, *op. cit.*, p. 392 ; Wach, *Der Italianische Arrestprozess*, Leipzig, 1868, p. 163 ; Treiman, *Escaping the Creditor in the Middle Ages*, 43 L. Q. Rev. (1927), 230.

essere quasi sinonimo dell'insolvenza, sono, a mio avviso, dovute al fatto che chi non poteva pagare i debiti alla scadenza non aveva a quei tempi scelta più opportuna che il fuggire, data la durezza delle leggi applicate all'insolvente (5), e la difficoltà dei mezzi di comunicazione che rendevano il fuggitivo praticamente irreperibile ed al sicuro. La *fuga* venne tuttavia ben presto intesa in senso lato, così da comprendere lo star chiuso in casa, il chiudere bottega, il rifugiarsi in luoghi d'asilo, ecc. (6), e *fugitivus* fu ben presto il termine usato per indicare il decotto. (Manifestazione dell'insolvenza venne poi considerata anche la spontanea confessione del debitore) (7).

Quando la *fuga* poi, per l'introduzione dei concordati e per la maggior mitezza delle leggi, oltre che per l'aumentare dei mezzi di comunicazione, non fu più — nè più potè essere considerata — la manifestazione tipica dell'insolvenza, un'altra di tali manifestazioni assunse (particolarmente nel diritto continentale) il cacattere di tipicità, cioè la *cessazione dei pagamenti*. Già conosciuta dagli statuti (8) venne particolarmente considerata nel

(5) Cfr. sopra p. 6 e s'aggiunga Rocco, *op. cit.*, p. 187 ; Pertile, *op. cit.*, p. 388; Wach, *op. cit.*, pp. 1, 33; Fuchs, *Das Konkursverfahren*, Marbur, 1863, n. 4 ; Treiman, *Acts of Bankruptcy : A Medieval Concept in Modern Bankruptcy Law*, 52 Harv. L. Rev. (1938) 189, 192.

(6) Lo star chiuso in casa è espressamente assimilato alla fuga in alcuni statuti, quali quello di Venezia del 22 settembre 1464 (A. S. V., Senato Terra, 5, c. 91 v ; lo si veda citato al completo in Cassandro, *op. cit.*, p. 164 o per la parte qui interessante in G. Rossi *op. cit.*, p. 181, nota 24), quelli di Bologna (St. merc. 1509, 44 a 46 ; id., 1550, 45 a 47 ; cit. in Lattes, *op. cit.*, p. 332), che prevedevano come indizi di insolvenza il nascondersi senza uscir di casa per tre giorni, o il tener chiusa senza motivi la bottega per tre giorni di lavoro consecutivi. Per gli statuti di Lucca e Siena vedi Lattes, *loc. cit.*

(7) Statuti di Genova del 1498, lib. IV, cap. VII, citato in Rocco, *op. cit.*, p. 204 nota 4.

(8) Il primo statuto che introdusse a carico dei falliti la denominazione di *cessanti*, fu a detta del Bonelli, (*op. cit.*, I, p. 89) lo Statuto dei Mercanti fiorentini del 1415 (l. III).

Già tuttavia l'antico Statuto di Siena del 1262 (dist. II, c. LXXIV) diceva : « *Et si qui Senensis fugerit de civitate Senarum vel cessaverit. . . vel fugit vel cessavit. . .* ».

In seguito la parola *cessanti* divenne familiare ai nostri trattatisti, almeno quanto l'altra di *fuggitivi* (Cfr. Rocco, *Mercatorum notabilia*, Napoli, 1655, n. 1 ; Casaregis, *Disc.*, Venezia, 1740, p. 192 ; Stracca, *Tractatus de conturbatoribus, sive decoctoribus*, n. 1).

La « cessazione dei pagamenti » fu poi accolta dalle legislazioni continentali, sotto l'influsso del codice di commercio francese del 1807, che la pose come

periodo in cui si iniziò ad applicare il fallimento ai soli commercianti, perchè il cessare i pagamenti, più d'ogni altro sintomo di insolvenza, è caratteristica dell'insolvenza commerciale (9).

23. — Prima di addentrarci nell'esame del diritto inglese ed americano ed esaminare quanto essi in sostanza siano rimasti fedeli ai principî degli statuti italiani e come li abbiamo col passare del tempo modificati, è d'uopo fare un'altra precisazione di ordine generale su un problema, che come ho già altrove dimostrato (10) — nè giova qui ripetermi per esteso — ha avuto una importanza notevole nella formazione dei moderni concetti d'insolvenza : vale a dire il problema della liquidità.

Accettata in linea logica, partendo dal rapporto obbligatorio e dalla funzionalità del fallimento, la definizione data sopra di insolvenza (« non pagamento dei debiti alla scadenza, con i normali mezzi di pagamento ») e considerato perciò il fatto che all'apertura del processo interessa solamente che il debitore paghi o non paghi — senza indagare per quali ragioni non lo faccia (11), — ci si è sempre trovati di fronte al problema della

presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento (art. 441 ; cfr. PERCEROU, *op. cit.*, I, p. 12 ; PIPIA, *Del fallimento*, Torino, 1932, n. 7). Fu accolta anche dal codice italiano del 1865 e del 1882, e rimase fino alla nuova legge fallimentare del 1942, che le sostituì la definizione d'insolvenza (Cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, p. 196).

(9) THALLER, *op. cit.*, I, p. 147 ; BONELLI, *op. cit.*, I, p. 60.

(10) G. ROSSI, *loc cit.*

(11) Naturalmente questi principî hanno un valore anche più generale e come tali sono anche stati accolti da autorevole dottrina. Si veda BOLAFFIO, *Il fallimento*, Torino, 1895, n. 6 sgg. ; PERCEROU, *op. cit.*, I. p. 256 : « *Pour savoir si la faillite doit être ouverte, on n'a donc pas à examiner si le commerçant est solvable ou non, si son passif est inférieur ou supérieur à son actif, mais uniquement si de fait il paye ou ne paye pas* ». Ed ancora alla p. 260 : « *Le commerçant qui cesse en fait ses payments peut être mis en faillite quand même son actif serait superieur à son passif* ». Nello stesso senso anche FERREIRA, *Istituiçoes de Direito Comercial*, S. Paulo, 1948, vol. IV (La Falência), p. 55 : « *Para saber se a falência deve ser aberta, ou não, não ha examinar se o comerciante é solvável, ou não, nem se seu passivo é inferior ao seu ativo, mas unicamente se, de fato êle paga, ou não paga* ».

La dottrina italiana dal BOLAFFIO in poi, non s'è più pronunciata con chiarezza sull'argomento (cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, p. 196 sgg.) Vedi però di recente AZZOLINA, *Il fallimento*, Torino, 1954, p. 235 e sgg.

Quando parliamo d'insolvenza in generale, al di fuori cioè di ogni specifico riferimento alle singole leggi, intendiamo riferirci e a quella volontaria (cioè di chi non paga perchè non vuol pagare) ed a quella involontaria (di chi

temporanea mancanza di liquidità, che condurrebbe irrimediabilmente al fallimento, con evidenti ingiusti risultati nei frangenti di scarsa circolazione monetaria e di solo temporanei squilibri finanziari. La gravità di tale situazione si fece sentire sopratutto nei tempi più moderni, quando si incominciò a considerare anche la condizione del debitore, *che gli statuti italiani, preoccupati solo di equamente ripartire i beni fra i creditori, avevano trascurato, anche per il carattere penalistico ancora connaturato all'istituto.*

L'inconveniente di far fallire chi avesse un attivo patrimoniale superiore al passivo, ma non potesse per contingenze obbiettive pagare i debiti alla scadenza, provocò dunque nelle più recenti legislazioni fenomeni di diversa ed interessante natura.

A risolvere tale inconveniente vennero usati due differenti sistemi : l'uno tendente a conservare intatto il significato e la definizione dell'insolvenza, ma ad introdurre prima delle dichiarazioni di fallimento, procedimenti diretti a dar tempo al debitore od a concedergli facilitazioni nel pagamento dei debiti ; l'altro invece consistente nella modificazione del concetto di insolvenza, spostato su un piano di valutazione di squilibrio patrimoniale, laddove la liquidità evidentemente non ha più rilevanza.

Al primo sistema appartengono in generale le procedure dei concordati preventivi, delle moratorie — che qui trascuriamo perchè ce ne occuperemo diffusamente in seguito — ed i procedimenti cautelari. Di questi in particolare vogliamo a questo punto dar breve cenno.

L'indicazione esplicita delle manifestazioni dell'insolvenza rende logica l'introduzione di un procedimento d'accertamento nella procedura fallimentare, diretto a verificare l'esistenza reale dell'insolvenza, di cui al momento si conoscono solo i sintomi,

non paga perchè non può pagare), la quale forse più propriamente dovrebbe chiamarsi insolvibilità.

Gli statuti italiani, anche per il carattere penale della procedura fallimentare conobbero solo, come sarà risultato dalla nostra esposizione, l'aspetto involontario ed oggettivo dell'insolvenza (incapacità di pagare i debiti alla scadenza), e così fu ed è per il diritto inglese. Non però quello americano che concede a qualunque persona, che semplicemente abbia dei debiti, la facoltà di chiedere il proprio fallimento. Ed è questo il riconoscimento più moderno delle diverse caratteristiche che il fallimento è venuto assumendo, quali il *favor debitoris* — contrapposto al primitivo carattere penale — e la sua funzionalità come procedimento di liquidazione, che può costituire beneficio e per il debitore e per il creditore.

(ed eventualmente a dar tempo al debitore di trovare il liquido necessario al pagamento dei debiti attraverso il credito o la realizzazione del patrimonio); nel mentre che il *periculum in mora* giustifica la natura cautelare del procedimento. E procedimento cautelare fu, al sorgere dell'istituto del fallimento, il sequestro, ad esso intimamente legato e certo di definitiva influenza sulla sua formazione (12).

Attualmente i procedimenti cautelari prima del fallimento, sono in genere diretti a risolvere il problema della temporanea mancanza di liquidità, e vengono perciò facilmente emanati in tempi di crisi economiche, quando tale problema è di più pungente attualità. Ed in sostanza la loro *ratio* corrisponde a quella delle moratorie in generale, consistenti appunto in dilazioni accordate ai debitori per dar loro modo di ricorrere al credito, qualora la mancanza attuale di liquidità si ritenga reparabile e dovuta a circostanze straordinarie (13).

L'altro sistema è stato quello di modificare il concetto di insolvenza, riconducendolo ad una valutazione dello stato patrimoniale del debitore e dando all'insolvenza un attributo di definitività, che tiene in ben poco conto il valore della liquidità,

(12) SEUFFERT, *Zur Geschichte und Dogmatik des deutschen Konkursrecht*, Nordlingen, 1888, p. 49; IDEM, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, 1899, p. 2; MILONE, *op. cit.*, p. 181; CASSANDRO, *op. cit.*, p. 92; ROCCO, *op. cit.*, pp. 193, 198, 200, che pur sostenendo che il fallimento deriva dalla *datio in solutum per judicem*, ammette che il sequestro abbia avuto una sua funzione nella fase di preparazione del processo.

L'unità logica tra fallimento e procedimenti cautelari ha fatto spesso confondere i termini della questione, facendo a volte ritenere che il fallimento altro non sia che un procedimento cautelare (Cfr. NAMUR, *Le code de commerce belge révisé*, 2e ed., Bruxelles, 1884, III, p. 31, n. 1018). A tale suggestione non è andata a mio avviso immune neppure quella dottrina italiana che ha voluto ravvisare un provvedimento cautelare nella sentenza dichiarativa di fallimento (Cfr. CALAMANDREI, *La sentenza dichiarativa di fallimento* in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, 279; IDEM, *Introduzione allo studio sistematico dei procedimenti cautelari*, Padova, 1936, n. 37; CANDIAN, *Sentenza dichiarativa di fallimento e processo di fallimento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, 234; IDEM, *Il processo di fallimento*, Padova, 1933, n. 41).

(13) Sul ricorso ad istituti del genere nelle varie legislazioni, vedi FREDERIQ, *Transformation des procedures des faillite et mesures preventives sous l'influence de la crise économique*, in 23 *Rev. de l'Inst. Belge de Droit Comp.*, 1937, p. 105; PERCEROU et NADELMANN, *Les repercussions de la crise économique sur le droit des faillites et des concordats*, in 46 *Ann. de Droit Comm.*, 1937, p. 181.

Altra volta ho trattato tale problema in relazione particolarmente alla nostra amministrazione controllata, (Cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, p. 202).

che però — già sopra ho avvertito — è necessaria e coessenziale alla vita del credito e del commercio, alla cui regolamentazione il fallimento è in definitiva diretto.

Tale posizione ebbe tuttavia sostenitori autorevolissimi (e tuttora ne ha) nel diritto europeo continentale, quali — subito dopo la apparizione del codice di commercio francese del 1807 — il LOCRÈ (14), che distinse «cessazione dei pagamenti» (stato definitivo di passività del patrimonio) da «sospensione dei pagamenti», e poi il KOHLER (15) ed il BONELLI (16), con la formulazione del concetto di «stato di insolvenza» (17).

Mi pare a questo proposito interessantissima — dal punto di vista logico della funzionalità del fallimento — la posizione delle legislazioni tedesche che hanno applicato il concetto di insolvenza, come spareggio tra attivo e passivo (*Ueberschuldung*), per l'apertura dell'esecuzione concorsuale in caso di dissesto delle persone giuridiche, ma quello di incapacità di pagare i debiti alla scadenza (*Zahlungsunfähigkeit*) ai commercianti, la cui sola mancanza di puntualità nei pagamenti, è minaccia alla economia generale (18).

A volte vengono usate le due definizioni insieme; così nella legge spagnuola che ammette la dichiarazione di fallimento (*quiebra*), tanto nel caso di cessazione dei pagamenti, quanto nel caso di insufficienza di beni e di fuga del debitore (cod. comm., artt. 874, 876, 877); ma l'imprecisione delle norme ha suscitato recentemente le critiche della dottrina (19).

In generale comunque le altre legislazioni accettano l'uno o l'altro concetto di insolvenza, sebbene spesso con formule vaghe che lasciano ampia discrezione al giudice.

(14) *Esprit du Code de Commerce*, Paris, 1807, t. III, p. 18 sgg.

(15) *Lehrbuch*, *cit.*, n. 21.

(16) *Op. cit.*, I, pp. 5, 61, 82 e n. 36 sgg.

(17) Più ampi riferimenti sono in G. ROSSI, *op. cit.*, p. 196 sgg.

(18) §§ 207, 208, 213 K. O. della legge tedesca; § 69 K. O. della legge austriaca. Cfr. . JAEGER, *Kommentar zur Konkursordung*, 6a e 7a ed., Berlin, 1936, vol. II, pp. 784, 873.

(19) Per un commento alle disposizioni di legge, vedi J. L. LOPEZ, *El deber de manifestarse en estado de quiebra*, in *Anuario de derecho civil*, 1954, 345 sgg. con ivi bibliografia. La critica più recente e più interessante alla confusa legislazione spagnuola è quella fatta da L. VACAS MEDINA, *El supuesto fundamental de la quiebra en los Derechos inglés y norteamericano y nel Derecho español*, in *Derecho Mercantil*, 1955, n. 57, p. 45.

Il nostro compito sarà di indicare quali delle due strade menzionate le leggi americane abbiano seguito, e con quali conseguenze.

24. — Attraverso il processo storico, che abbiamo indicato nel primo capitolo, il concetto di insolvenza, contenuto negli statuti italiani, passò dunque nelle prime leggi fallimentari inglesi e la corrispondenza quasi esatta è significativa. Come negli statuti, così nel diritto inglese non si definì l'insolvenza, ma ci si limitò ad indicarne alcune tassative manifestazioni, che vennero chiamate *acts of bankruptcy*. Il primo di essi fu, com'era da attendersi, la *fuga* (20). Questa a sua volta venne estesa — come lo era stata negli statuti — ai vari casi di irreperibilità del debitore, quale il rifiutarsi di uscire di casa (*keeping house*), che il TREIMAN però sostiene non essere di importazione continentale ma di origine tipicamente inglese e legato al diritto — ivi esistente — della inviolabilità del domicilio (21). Agli stessi principi obbedì anche il diritto scozzese che nella legge del 1696 descrisse il fallito come colui che rendeva nota la sua insolvenza (*notour bankruptcy*), col rifugiarsi allo scopo di evitare l'imprigionamento per debiti, nell'Abbazia di Holyrood, che godeva del diritto d'asilo. *Retiring to the Abbey* fu perciò considerato sinonimo di insolvenza (22).

Altri *acts of bankruptcy*, in parte recepiti dagli statuti italiani, ed in parte aggiuntisi attraverso lenta ed autonoma evoluzione vennero poi affiancati alla fuga. Al primo atto del debitore (la *fuga*) vennero infatti aggiunti per *fictio* altri, quali l'arresto nel 1604 e il mancato pagamento dei debiti nel 1623, considerati *acts of bankruptcy*, anche se non consistenti in « attività » del debitore. E la legge inglese obbedì al principio logico che tali manifestazioni, qualora siano provate dal creditore, devono conferirgli

(20) Vedi i due primi *statutes* : 1543 (34 & 35 Hen. VIII, c. 5) ; 1571 (13 Eliz., c. 7).

(21) TREIMAN, *Escaping the Creditor in the Middle Ages*, 43 L. Q. Rev. (1927) 230, 233. Il DEL MARMOL (*op. cit.*, p. 11) ricorda che ci volle una legge speciale nel 1623, per autorizzare ufficialmente i « commissari del fallimento » ad entrare nella casa del fallito (o — come si pensava allora — a violarne il domicilio) per il sequestro dei beni. Vedi tuttavia quanto è già stato osservato sopra riguardo alla estensione del termine *fuga* negli statuti italiani (in particolare alla nota 6).

(22) BELL, *Commentaries on the Law of Scotland*, 7th ed., Edimburg, 1870, II, p. 163.

il diritto ad un tempestivo rimedio; nel mentre che la loro enumerazione veniva scrupolosamente enunciata e mantenuta forse per il primitivo carattere penale dell'istituto, che non permetteva alcuna *interpretazione estensiva od analogica* (23).

Come già negli statuti italiani gli acts of bankruptcy furono intesi dunque ad individuare i comportamenti del debitore *incapace* di pagare i suoi debiti alla scadenza (la stessa fuga, sebbene importata, trovò giustificazione nella durezza delle leggi inglesi a carico degli inadempienti) e vennero considerati indizi sicuri dell'insolvenza (24). Questo sistema fu poi conservato e divenne definitivo.

Evidentemente il concetto di insolvenza accolto dal diritto inglese è perciò quello di incapacità di pagare i debiti alla scadenza coi mezzi normali di pagamento (25), che si manifesta attraverso comportamenti del debitore (insolvenza involontaria). La funzione di regolatrice del credito della *bankruptcy* è in tal modo — cioè ponendo *acts of bankruptcy* a presupposti oggettivi della apertura del processo — pienamente soddisfatta.

Il problema della mancanza temporanea di liquidità è stato poi molto logicamente risolto dall'introduzione di un procedimento conservativo, diretto all'accertamento ed alla valutazione dello stato economico del debitore. In Inghilterra il processo si apre col provvedimento cautelare che ha appunto la funzione strumentale di immobilizzare i beni del debitore, lasciando il tempo di valutarne la situazione economica. L'insolvenza prima del suo accertamento è necessariamente situazione vaga e da definirsi, e diverse e vaghe sono a loro volta le sue manifestazioni. Dovendo peraltro iniziare la lunga procedura d'istruzione, la legge inglese ha conservato l'enumerazione degli atti (in senso ampio), che devono essere ritenuti presuntivamente

(23) EDEN, *op. cit.*, p. 12 ; GLENN, *Liquidation*, *cit.*, pp. 12, 14.

(24) Gli *acts of bankruptcy* sono stati qualificati « *test of insolvency* » da MELLISH, L. J. in *Re Pearson*, *Re Mortimer*, 28 L. T. 798.

(25) Ho parlato di « incapacità », perchè, sebbene all'apertura del processo, come ho cercato di chiarire (v. nota 11), interessi solo che il debitore paghi o non paghi, nel diritto inglese ha rilevanza però solo l'aspetto involontario dell'insolvenza. Teoricamente comunque anche se il debitore non vuol pagare ed è economicamente floridissimo, dovrebbero iniziarsi contro di lui i procedimenti fallimentari. La più chiara posizione giurisprudenziale in proposito che ho potuto trovare è stata quella della decisione scozzese *Scottish Milk Marketing Board v. Wood*, 1936, S. C. 604.

manifestazioni di insolvenza e li ha considerati come requisiti essenziali per l'apertura del processo.

Gli *acts of bankruptcy*, sono in altre parole, per disposizioni di legge, le prove incontrovertibili che i diritti dei creditori possono essere pregiudicati e costituiscono il presupposto perchè la corte, su istanza privata possa emanare il provvedimento cautelare (*receiving order*) in quanto rendono reale quel *periculum in mora*, senza di cui non si spiega il provvedimento cautelare stesso. L'originalità del diritto inglese sta poi nell'avere previsto soluzioni diverse a diversi gradi di insolvenza e nell'aver dato possibilità di sfogo nella procedura fallimentare a situazioni difficili da regolare, quale è la mancanza temporanea di liquidità (26). Ma il sistema attuale della legge inglese ha caratteri suoi propri, che derivano dalla riforma del 1883, e che non hanno potuto influire sul diritto americano. Di essi è tuttavia d'uopo far cenno perchè sono unici e veramente originali.

Nel diritto inglese, perchè si possa inoltrare domanda di fallimento (*petition*) presso la corte competente, da parte di uno o più creditori, è necessario che il debitore abbia compiuto nei tre mesi che precedono la data della *petition*, un *act of bankruptcy* [s. 4 (c)]. Anche il debitore può inoltrare la *petition* allegando che è incapace di pagare i suoi debiti alla scadenza (s. 6), ma in tal caso il problema degli *acts of bankruptcy* evidentemente non si presenta.

(26) Non mi pare possibile ora — e questa osservazione riguarda però solo il diritto inglese — alcuna confusione tra *acts of bankruptcy* ed insolvenza, essendo i primi le condizioni di procedibilità per la apertura dei *proceedings in bankruptcy* (procedimenti fallimentari), la seconda condizione essenziale perchè si apra l'esecuzione. Confonde le due cose il THALLER, (*op. cit.*, I, p. 171; e sembra cadere nello stesso errore il DEL MARMOL, *op. cit.*, p. 81), il quale sostiene che in generale sarebbe preferibile che ogni legge — come la inglese — enumerasse tali atti, rigettando i termini di cessazione dei pagamenti e di insolvenza, perchè imprecisi e a carattere commerciale. Il che tra l'altro, faciliterebbe, a suo parere, l'estensione dell'istituto anche ai non commercianti.

In realtà la questione è altra, perchè gli *acts of bankruptcy* non sono infatti atti di fallimento, come sembrerebbe ad una letterale traduzione, ma « atti che possono condurre al fallimento e vi conducono solo qualora l'insolvenza esista ». Essi faranno soltanto ritenere fondata la presumibilità d'insolvenza; ma presumibilità non è certezza, chè se così fosse, nulla osterebbe a che la Corte dichiarasse ex officio il fallimento appena compiuto un *act of bankruptcy*.

L'originalità della legge inglese sta nell'avere conservato il concetto genuino di insolvenza, e nell'averne classificato le manifestazioni, introducendo però un sistema d'accertamento che eviti l'inizio dell'esecuzione in casi nei quali l'insolvenza è altrimenti risolubile.

Gli *acts of bankruptcy* sono quelli tassativamente elencati dalla s. 1 per la quale una persona commette *act of bankruptcy*:

a) *Se in Inghilterra o altrove trasferisce il suo patrimonio a uno o più trustees, nell'interesse generale dei suoi creditori* (27).

b) *Se in Inghilterra o altrove fraudolentemente trasferisce, cede o dona l'intero suo patrimonio o parte di esso* (28).

(27) Il trasferimento o la cessione (*conveyance or assignement*) dei beni ai creditori, attraverso l'uso dell'istituto del *trust* è il mezzo usato dai debitori pericolanti per cercar di evitare il fallimento, venendo ad amichevoli arrangiamenti con i creditori. L'intento di frodare i creditori non è più richiesto dalla legge, perchè basta il trasferimento ad indicare che il debitore intende dare alla distribuzione dei suoi beni tra i creditori un corso diverso da quello preprevisto della *par condicio*.

In sostanza si tratta qui di una vera *cessio bonorum*, ancorchè attuata attraverso il *trust*, dal momento che la giurisprudenza ha specificato che il trasferimento del patrimonio deve essere totale (*Re Spackman*, 1890, 24 Q. B. D. 728; 62 L. T. 849). Il trasferimento o la cessione, che possono avvenire anche all'estero, non possono essere posti a base di una istanza di fallimento (*petition*) dal creditore che vi abbia preso parte o che solamente vi abbia consentito [(*Ex p. Stray* (1867) L. R. 2 Ch. 374; *Re Woodroff*, 76 L. T. 250); nella decisione *Re Brindley* (1906) 1 K. B. 377; 94 L. T. 116, non si ritenne preclusiva per il creditore la conoscenza del trasferimento (acquisita attraverso il semplice informarsi delle condizioni economiche del debitore)] a meno che non revochi il suo consenso prima dell'esecuzione.

(28) Questo *act of bankruptcy* è stato introdotto nel 1825 e fino alla legge del 1869 era accompagnato dalle parole: « *with intent to defeat and delay his creditors* ». In *Re Wood* (1872) (L. R. 7 ch. 302; 26 L. T. 113), Lord Justice Mellish ha dichiarato che esse furono omesse perchè inutili, in quanto « *fraudolent* » significa contro i sui creditori; ciò che importa « *intent to defeat...* ».

In questo caso l'alienazione può essere fraudolenta o per *common law* o per la legge fallimentare. Parleremo più avanti della revoca degli atti in frode ai creditori, ma fin d'ora è opportuno chiarire che secondo la *common law* inglese [§ 172 del *Law of Property Act*, 1925 (15 Geo. V., c. 20) che riprese la famosa legge del 1571 (13 Eliz., c. 5)] l'alienazione è « fraudolenta » quando il debitore ha intenzionalmente con essa voluto nuocere ai suoi creditori. Sebbene l'intenzione vada sempre ricercata, perchè questione di fatto (*matter of fact*) esistono tuttavia delle presunzioni di frode (*badges of fraud*), indicate dalla giurisprudenza (vedi STEPHEN'S, *Commentaries on the Laws of England*, London 1928, vol. II, p. 544). Per la legge fallimentare invece l'alienazione è fraudolenta, indipendentemente dall'intenzione, ogni qual volta il debitore conceda a qualche creditore un vantaggio che non gli sarebbe spettato secondo la legge fallimentare stessa (*Ex parte Chaplin* (1884) 26 Ch. D. 319; 51 L. T. 345). L'interpretazione di « fraudolenta » alienazione ha subito varie vicende attraverso la storia della *bankruptcy*; una lunga serie di decisioni moderne, iniziatesi con *Pennel* v. *Reynolds* (11 C. B. (N. S.) 709), ha esclusivamente stabilito che un trasferimento, parte in *consideration* (Sulla *conside-*

c) *Se in Inghilterra o altrove aliena tutti i suoi beni o parte di essi, o li grava di garanzia reale, che in virtù della presente legge o di altra sarebbe nulla nel caso in cui il debitore venisse dichiarato fallito, perchè atto di « fraudolent preference »* (29)

d) *Se con l'intento di frustrare i creditori, compie uno dei seguenti atti : lascia l'Inghilterra, o se è all'estero vi rimane, o lascia la sua casa di abitazione, o si assenta in altro modo, o non esce di casa (keeping house)* (30).

e) *Se i suoi beni sono sottoposti a sequestro, e sono stati venduti o sono trattenuti dallo scheriff, senza che il debitore possa proporre fondata opposizione* (31).

f) *Se il debitore stesso dichiara che è incapace di pagare i suoi debiti o presenta domanda di fallimento* (32).

g) *Se rimane inerte per sette giorni di fronte ad una « bank-*

ration vedi per tutti GORLA, *Causa, consideration e forma dell'atto di alienazione inter vivos*. II, *La common law*, in *Riv. dir. comm.* 1952, I, 257; lo stesso, *Il contratto*, Milano, 1955, I, p. 346, sgg. MANCINI, *La « consideration » nel diritto nordamericano dei contratti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1953, 1039) di un debito esistente e parte per un futuro o presente corrispettivo, non costituisce *act of bankruptcy*, purchè le parti abbiano agito in buona fede (Lord Justice Mellish, in *Ex parte Ellis*, 2 Ch. D. 797).

(29) Rimandiamo la spiegazione di questo comma — per evidenti ragioni sistematiche — al momento in cui tratteremo della dottrina della *preference*, contemplata dall'art. 44 della legge e precisamente al capitolo dedicato agli atti pregiudizievoli ai creditori. Ciò posto, mi sembra che la chiarezza del dettato legislativo, non esige per ora altra spiegazione.

(30) Il fuggire di casa od il restarvi chiuso, vengono sempre meno utilizzati come base per l'istanza di fallimento, tanto che ci sembra inutile ricordare i vari *cases*, che del resto vanno man mano scomparendo.

(31) Lo *sheriff* [lo *sheriff* è un funzionario della Corona, responsabile tra l'altro della esecuzione dei provvedimenti giudiziari (s. 167)] può trattenere i beni prima della vendita per ventun giorni, durante i quali tra l'altro ogni creditore può far modificare la procedura d'esecuzione forzata in una di ordinario fallimento.

(32) La dichiarazione della propria incapacità a pagare i debiti che deve essere stesa secondo le formalità previste (B. R. 136, Forms 3), è caso ben diverso dalla presentanzione di *petition* o domanda di fallimento da parte dello stesso debitore. Mentre infatti la *petiton* oltre ad essere *act of bankruptcy*, è istanza di fallimento e in quanto tale autorizza la Corte ad emanare il *receiving order* (s. 6), la dichiarazione della propria insolvenza è soltanto un *act of bankruptcy* e come tale deve essere sempre seguita, perchè si possano iniziare i procedimenti fallimentari, da una *petition* o di un creditore o dello stesso debitore ; che, se fosse altrimenti, ci troveremmo di fronte ad un caso in cui la corte procederebbe *ex officio* all'apertura del fallimento : ciò che non avviene mai nel diritto inglese.

ruptcy notice », inviatagli da un creditore che abbia diritto al pagamento di un debito risultante da un final judgement or order (33).

h) *Se il debitore dà notizia ad alcuno dei suoi creditori, che egli ha sospeso o sta per sospendere il pagamento dei suoi debiti* (34).

Nessuna definizione di insolvenza è data dalla legge, se non indirettamente alla s. 44, dove per indicare l'insolvente è usata la formula « incapace di pagare i debiti alla scadenza » [*unable*

(33) *Final judgement or order*, significa provvedimento esecutivo ; e nel caso specifico l'esecuzione non deve essere ancora stata iniziata. Infatti se un creditore abbia già iniziato un procedimento esecutivo ordinario sui beni del debitore mediante un *writ* of FI. FA. (il creditore può ottenere che la Corte emetta tale *writ*, ordinando allo *sheriff* di ricavare l'ammontare del debito dalla vendita dei beni del debitore sequestrati), non è legittimato ad emettere la *bankruptcy notice*. La preclusione è dovuta al principio equitativo che il creditore non può sequestrare i beni del debitore, impedendogli così di pagare il debito e allo stesso tempo farlo dichiarare fallito. Cfr. PHILLIMORE, J., *Re Bond* (1911) 2 K. B. 988, 991.

La *notice* (che deve essere redatta nella forma stabilita dalla s. 2 e dalle B. R. 137-144) deve contenere la richiesta di pagamento del debito come risulta nei suoi termini precisi (La *notice* è valida solo se emanata per l'ammontare del debito rimasto dovuto ; se invece parte del debito è stata pagata, la *notice* può essere emessa solo per il rimanente : *Re Miller* (1912) 3 K. B. 1. Essa deve deve inoltre indicare le conseguenze previste nel caso di inerzia del debitore, (cioè *act of bankruptcy, petition*. . .).

Il tempo concesso al debitore per l'adempimento è di sette giorni dalla notifica se la *notice* è notificata in Inghilterra, di un tempo maggiore — stabilito dalla Corte — se la notifica avviene altrove. Allo scadere del termine l'inerzia del debitore costituisce *act of bankruptcy*.

Vari sono i modi, oltre naturalmente il pagamento del debito, con i quali il debitore può comportarsi di fronte alla *notice*. Uno è, come abbiamo visto, l'inerzia, che è *act of bankruptcy* ; altri due sono l'eccezione riconvenzionale (*counterclaim*) e la compensazione (*set-off*). Tanto l'una quanto l'altra devono tuttavia eccedere od eguagliare l'ammontare del debito [*In Re a Bankruptcy Notice* (1934) 1 Ch. 431 (C. A.) ; *Re a Debtor* (1935) 1 Ch. 347 ; *Re a Debtor* (1947) L. T. R. 1413 (C. A.)] e potersi far valere con azione giudiziaria anche qualora non si sian potute far valere nel giudizio che ha deciso del debito (*Re G. E. B.* (1903) 2 K. B. 340 ; 89 L. T. 245).

(34) La *notice od suspension* può essere orale o scritta, ma per poter costituire *act of bankruptcy* deve essere tale, che ogni persona ragionevole, così la possa considerare (*Re Crook*, 24 Q. B. D. 320). Nè è necessario che si tratti di sospensione permanente dei pagamenti, essendo sufficiente la sospensione temporanea (*Crook* v. *Morley* (1891) A. C. 316 ; 65 L. T. 389). La Camera dei Lords ha deciso che rilevante a questo proposito è solo l'intenzione certa e deliberata del debitore di sospendere i pagamenti (*Clough* v. *Samuel* (1905) A. C. 442 ; 93 L. T. 491.

to pay his debts as they become due (35)]; e tale è infatti il senso che noi abbiamo desunto dalla interpretazione degli *acts of bankruptcy*.

Nel sistema inglese esiste inoltre un rapporto tra il graduale accertamento dell'insolvenza ed il graduale spossessamento del debitore. Il primo effetto del compimento di un *act of bankruptcy* è quello di dare al creditore la possibilità di inoltrare entro tre mesi la domanda di fallimento (36), ragione per la quale entro quel termine esso è chiamato *available act of bankruptcy*, utile cioè a far iniziare la procedura d'accertamento dell'insolvenza. Il compimento dell'atto facendo presumere l'esistenza dell'insolvenza, fa perdere al debitore la piena ed assoluta disponibilità del proprio patrimonio (37). Il suo diritto da assoluto diventa *contingent*, cioè condizionato al fatto che nessuno presenti nei tre mesi successivi domanda di fallimento. Non si tratta di indisponibilità assoluta e di conseguente nullità di tutti gli atti di disposizione compiuti dal debitore, ma di indisponibilità relativa, e cioè di inefficacia, relativamente al curatore ed ai creditori, di atti, che in sè potrebbero essere perfettamente validi ed efficaci (38). Con il compimento dell'*act of bankruptcy* inizia dunque quel periodo, col quale coincide l'accertamento dell'insolvenza e la cristallizzazione del patrimonio del debitore (attraverso il *receiving order*) ed a cui retroagirà la sentenza dichiarativa di fallimento (*adjudication*) (*relation back*) (s. 37).

Conservata la logica nozione di insolvenza ereditata dagli statuti italiani, la legge inglese risolve il problema della mancanza temporanea di liquidità con il procedimento cautelare, introdotto dalla legge del 1883.

(35) Aggiunge e giustamente RINGWOOD, *Principles of Bankruptcy*, 18ª ed. London, 1947, p. 85 in nota : « *in the ordinary course of business...* ».

(36) *Re Bumpus* (1908) 2 K. B. 330 ; 98 L. T. 680.

(37) Cfr. ECKSTEIN, *op. cit.*, p. 30.

(38) Si veda : *Ponsford Baker & Co.* v. *Union of London and Smith's Bank, Ltd.*, (1906), 2 Ch. 444 ; 95 L. T. 333, confermato dalla *Court of Appeal* in *Mc Carthy* v. *Capital and Counties Bank* (1911) 2 K. B. 10880.

Un agente di cambio venne dichiarato *defaulter*, e le sue sostanze passarono di conseguenza all'*Official Assignee* dello *Stock Exchange* (tale trasferimento costituisce *act of bankrupcty* ai sensi della s. 1 (1) *b*). L'agente aveva però anteriormente depositato alla *Union of London and Smith's Bank* delle garanzie per ottenere un mutuo. Dopo il trasferimento, l'*Official Assignee* offrì alla banca la somma dovuta, per la restituzione delle garanzie. Ma la banca si rifiutò adducendo che era stato compiuto un *act of bankruptcy* e che in seguito ad esso il debitore aveva perso la disponibilità del proprio patrimonio e quindi il denaro non poteva essere offerto. La Corte confermò.

Una critica molto comune è stata tuttavia fatta alla enumerazione degli *acts of bankruptcy*, e cioè la possibilità che si abbia insolvenza senza il loro compimento, dato che la enumerazione della legge, necessariamente limitata, può averne tralasciato alcuno (39), con la conseguenza che in tal caso non si potrà avere il fallimento del debitore insolvente, mancando i presupposti per l'apertura del processo. Tale inconveniente che pur sembrerebbe teoricamente possibile, è tuttavia difficilmente riscontrabile nella pratica, perchè il debitore che non paga (perchè non vuole o non può) regolarmente i suoi debiti, è ben presto condotto dalla sua stessa condizione a compiere un *act of bankruptcy*, specie da quando la gran maggioranza di essi consiste nella inerzia di fronte ad una *bankruptcy notice* [s. 1 (g)], che in pratica molto s'avvicina alla diffida ad adempiere del diritto italiano (40). Il che significa in pratica che ogni creditore può far iniziare il processo al primo inadempimento del debitore. Ed in questo caso soggetto attivo dell'*act* è evidentemente non il debitore bensì il creditore !

25. — Su una strada completamente diversa s'è invece diretta la legge americana, che tuttavia assorbì inizialmente non solo lo spirito, bensì gran parte delle norme della legislazione inglese, e al pari di questa, enumerò gli *acts of bankruptcy* come presupposti oggettivi del fallimento. Senonchè, la procedura fallimentare inglese veniva notevolmente modificata dalla legge del 1883, che introduceva il procedimento cautelare anteriore alla dichia-

(39) TREIMAN, *Acts of bankruptcy ecc.*, *cit.*, p. 201. L'unica reale opposizione agli *acts of bankruptcy* di autore inglese che mi è riuscito di trovare è quella contenuta nel vivace e polemico libretto dell'ASHURST, *Observations on the Law of Bankruptcy and Insolvency*, London, 1838, pp. 28, 32.

(40) Per rilievi statistici vedi DONOVAN REPORT, *cit.*, p. 184 ; DEL MARMOL, *op. cit.*, p. 134.

Per quanto riguarda il diritto scozzese ricordo che questo non contiene *acts of bankruptcy*, ma semplicemente intende l'insolvenza, presupposto oggettivo del fallimento come « non pagamento dei debiti alla scadenza », sia che tale pagamento sia involontario (*Teenan's Tr.* v. *Teenan* (1886) 13 R. 833) ; oppure no (*Scottish Milk Marketing Board* v. *Wood* (1936) S. C. 604).

Il diritto canadese prevede dieci *acts of bankruptcy*, sulla falsariga di quelli inglesi, con aggiunta di un altro consistente nella cessazione dei pagamenti [s. 20 (j)]. Cfr. BRADFORD and GREENBERG, *Canadian Bankruptcy Act*, Toronto, 1951, p. 68.

razione di fallimento, mentre gli *acts of bankruptcy* perdevano il loro carattere esclusivo di presupposti oggettivi del fallimento, per assumere l'altro di condizioni di procedibilità di un procedimento, che poteva anche avere soluzione diversa da quella del fallimento. Ma il diritto americano, dalla prima legge del 1800 in poi, sviluppò sulla base di quello inglese fisionomie sue proprie e spesso antitetiche a quelle del modello; nè fu minimamente influenzato dalla legge inglese del 1883, con quei suoi caratteri pubblicistici, cui ho già accennato, e con quell'intervento dell'autorità amministrativa nel procedimento cautelare, che risolve nell'interno di una moderna ed elastica procedura, l'imbarazzante problema della mancanza attuale di liquidità. Diversa fu pertanto la via scelta dal diritto americano, che seguì l'altra alternativa delle due che ho indicato come possibili per risolvere il problema della liquidità: conservati gli *acts of bankruptcy*, introdusse un nuovo concetto di insolvenza, modificando sostanzialmente il loro valore e la loro funzione. Essi erano storicamente e logicamente le manifestazioni del non pagamento dei debiti alla scadenza, e vennero conservati; ma fu introdotto il concetto d'insolvenza come *deficit* economico, che venne accoppiato agli stessi *acts of bankruptcy*. In pratica il presupposto per l'apertura del processo non sarà più, nella maggioranza dei casi, il compimento dell'*act of bankruptcy* e basta, bensì tale compimento unito alla prova che il passivo patrimoniale del debitore è superiore all'attivo. Indicate tassativamente le manifestazioni dell'insolvenza, non si ricorse ad un procedimento cautelare per accertarla, ma la si fece entrare nei casi più rilevanti come condizione essenziale delle manifestazioni stesse, per cui esse possono — quando provate — dare immediatamente luogo alla dichiarazione di fallimento. Col che la mancanza attuale e momentanea di liquidità evidentemente non provoca più l'apertura della procedura fallimentare, in quanto le sue manifestazioni devono essere collegate ad uno stato effettivo di economico dissesto. Ma vediamo più da vicino come opera il sistema.

Come nel diritto inglese, anche in quello americano il debitore può inoltrare la *petition* chiedendo il suo fallimento (s. 4 a); si parla in tal caso di *voluntary petition* e non è necessario il compimento di nessun *act of bankruptcy*, ma basta la semplice esistenza di debiti; se invece è un creditore ad inoltrare la *petition*, questa deve avere come fondamento la prova che nei quattro mesi precedenti (invece dei tre del diritto inglese), il debitore ha compiuto

uno o più *acts of bankruptcy*, e si avrà allora una *involuntary petition*.

Va dunque tenuto ben presente che tanto nel diritto inglese che in quello americano il presupposto oggettivo del fallimento è ben diverso a seconda che l'iniziativa del processo venga dal debitore o dai creditori. L'insolvenza è presupposto oggettivo per l'apertura del fallimento solo — ed anche qui è a volte esclusa — quando la domanda sia proposta dai creditori; che se invece è il debitore a domandare il proprio fallimento non è necessario che sia provata nè l'insolvenza nè il compimento di un *act of bankruptcy*, bastando semplicemente che il debitore alleghi, nel diritto inglese, alla domanda la dichiarazione che è incapace di pagare i debiti alla scadenza, ed in quello americano, semplicemente dichiari che ha dei debiti. Ciò limita assai il concetto di insolvenza come presupposto del fallimento e porta di necessità ad ammettere che, almeno per il diritto americano, esiste un diritto del debitore — solvente od insolvente che sia — a fallire.

Commette *act of bankruptcy*, secondo la legge americana, chi [s 3 (a)]:

1) *Ha nascosto, alienato o permesso che altri lo facesse, il suo patrimonio o parte di esso, con l'intento di frodare i creditori (to hinder, delay or defraud his creditors) o ha trasferito fraudolentemente, o permesso che altri lo facesse, il suo patrimonio o parte di esso.*

Questo *act of bankruptcy*, concernente l'alienazione fraudolenta del patrimonio, corrisponde a quello contemplato nel diritto inglese alla s. 1 (b).

La legge chiaramente divide le alienazioni fraudolente secondo *common law* (per le quali è necessario dimostrare l'intento di frode) da quelle secondo le ss. 67 e 70 della legge fallimentare, di cui mi occuperò diffusamente in seguito (41).

Come nel diritto inglese anche in quello americano gli atti in frode ai creditori al di fuori della legge fallimentare vengono regolati dalla famosa legge della Regina Elisabetta (42). L'intento di frodare i creditori richiesto dalla *common law* è limitato alla sicura previsione delle conseguenze dell'atto; ma la formula usata dalla legge (*to hinder, delay or defraud*) va al di là della frode, per considerare anche l'intento di frustrare i creditori o di farli atten-

(41) Vedi *infra* p. 137.
(42) 13 Eliz. c. 5, 1570; 6 *Statutes at Large* (*Pickering*) 268.

dere nella soddisfazione dei loro diritti. Il *consilium fraudis* che si richiede in questo caso, è dunque provato laddove semplicemente ci sia una conscia alienazione, che possa comunque mutare il normale adempimento dei rapporti obbligatori del debitore.

2) *Ha con un atto d'alienazione preferito (nel senso indicato dalla s. 60) alcun creditore (preferential transfer).*

Rimando ancora una volta per ragioni sistematiche la definizione del *preferential transfer* secondo la s. 60 (43), ricordando soltanto che esso consiste nel dare ad un creditore una percentuale del debito dovuto maggiore di quella che non gli spetterebbe nell'imminente fallimento. Si tratta in generale del pagamento completo di un debito anteriore; per quanto anche la costituzione di garanzie ad assicurarne il pagamento, rientri negli estremi previsti dalla s. 3 (a) (2).

3) *Ha lasciato, mentre era insolvente, che alcuno dei suoi creditori ottenesse un « lien » sul suo patrimonio attraverso « legal proceedings » e non l'ha annullato o sgravato nei trenta giorni successivi od almeno cinque giorni prima della esecuzione.*

Lien è un privilegio a favore di un creditore che gli dia poi diritto all'esecuzione. Solo i *liens* ottenuti attraverso *legal proceedings*, cioè con sentenza del magistrato possono costituire *acts of bankruptcy* (44). Ogni altro tipo di *lien* (*distraint, mechanics, tax, statutory liens*) non sarà peraltro sufficiente a costituire *act of bankruptcy*. Va notato qui, che in pratica questo *act of bankruptcy*, può condurre al fallimento ogni debitore inadempiente. Se egli infatti non pagherà il debito al creditore che ha ottenuto un *judgement*, vi saranno gli estremi del terzo *act of bankruptcy*, ma se pagherà, vi saranno quelli del secondo. Il che fa in parte escludere, anche per il diritto americano, la critica già fatta da

(43) Vedi *infra* p. 129.

(44) L'effetto del *lien* è simile in questo caso a quello dell'ipoteca giudiziaria italiana (vedi ancora *infra* p. 136), ma si noti che non ogni sentenza del magistrato può costituire un *lien*; alcune volte infatti è necessario un titolo esecutivo (giudiziale) indipendente. Le regole variano qui da Stato a Stato, sebbene nella maggioranza di essi sia sufficiente per ottenere un *lien* il deposito della sentenza.

Una importante decisione al proposito è *Hulbert* v. *Hulbert*, 216 N. Y. 430, 111 N. E. 70 (1916), dove si trova una chiara esposizione della storia legislativa — limitatamente però allo Stato di New York — del *judgement lien* dal *writ of fieri facias* e *levari facias* di *common law*.

alcuni autori — e qui già ribattuta (45) — che la enumerazione degli *acts of bankruptcy* lascia aperta la deprecabile possibilità che esista un insolvente, che non può essere condotto al fallimento, perchè non ha compiuto nessuno di tali *acts*.

Va inoltre rilevato come si tratti in questo caso di un atto del creditore e non già del debitore, il che indica chiaramente in quale larga accezione vada peraltro intesa la formula *acts of bankruptcy*, che tanto nel diritto americano come in quello inglese, spesso non sta affatto ad indicare un'attività del debitore.

4) *Ha trasferito tutto il suo patrimonio a favore dei suoi creditori.*

Si tratta del *general assignement for the benefit of creditors*, che già ho esaminato in parte nel capitolo introduttivo (46). Esso può essere regolato da norme di *common law* o dalle leggi dei singoli Stati, alle quali spetta in definitiva stabilirne le caratteristiche. È questo uno dei casi in cui l'applicazione della legge fallimentare è limitata e dipende da quella degli Stati dell'Unione (47).

Esistono peraltro alcune caratteristiche necessarie e sufficienti perchè un *assignement* possa costituire *act of bankruptcy* ai sensi della s. 3 (a) (4): *deve consistere* nel trasferimento di *tutto* il patrimonio del debitore ad un *trustee*, in beneficio dei creditori. Un diretto trasferimento ai creditori non rientra perciò nella definizione di *assignement for the benefit of creditors*.

5) *Ha permesso, mentre era insolvente od incapace di pagare i debiti alla scadenza, che venisse nominato un « receiver » (sequestratario) od un « trustee », per l'amministrazione del suo patrimonio.*

Questo *act of bankruptcy* è stato più volte modificato, e nella sua attuale formulazione viene interpretato come riferentesi esclusivamente ad un sequestro di tutti i beni del debitore.

6) *Ha ammesso per iscritto la sua incapacità di pagare i debiti alla scadenza e la sua volontà di essere dichiarato fallito.*

Questo *act of bankruptcy*, data la possibilità concessa al debitore di inoltrare direttamente domanda di fallimento, senza necessità

(45) Vedi la nota 27 ed infra la n. 64.

(46) Vedi supra pag. 41. Attualmente è pendente alla Camera dei Rappresentanti degli Stati Uniti un progetto di legge per togliere questo *act of bankruptcy* e favorire in tal modo la legislazione dei singoli Stati [cfr. *H. R.* 79, 83rd Cong. (1st Sess.) 1953].

(47) Sugli *assignements* in *common law* e sulle leggi dei vari Stati si veda GLENN, *Liquidation, cit.*, c. X; IDEM, *Creditors' Rights, cit.*, p. 226 sgg.

che alcun *act of bankruptcy* sia stato da lui compito, sembrerebbe superfluo.

L'origine della disposizione risale al tempo in cui le società non potevano — per legge o per disposizione dello statuto — richiedere il proprio fallimento, e venne forse conservata per ragioni psicologiche, in quanto certi debitori ritengono disonorevole il chiedere direttamente il proprio fallimento, ovvero per colpire coloro che — insolventi — manchino di cautela nella loro corrispondenza.

26. — Non diversamente che in Inghilterra, gli *acts of bankruptcy* non sono dunque negli Stati Uniti atti volontari del fallito, il quale a volte — come ho notato — è solo il soggetto passivo di fronte all'attività del creditore, ma semplicemente indicano le condizioni di procedibilità per l'apertura del fallimento quando la domanda di fallimento venga inoltrata da un creditore (48). Che se invece è il debitore a chiedere il fallimento non si pone nè il problema degli *acts of bankruptcy* nè dell'insolvenza.

Ma contrariamente al diritto inglese dove essi costituiscono le presunte manifestazioni dell'insolvenza e non conducono con sicurezza matematica al fallimento, perchè l'insolvenza ancor deve essere accertata, nel diritto americano la loro esistenza, ad eccezione di quando l'*act of bankruptcy* consiste o nella ammissione del debitore, che incapace di pagare i debiti alla scadenza, chiede di essere dichiarato fallito o nel trasferimento del patrimonio a vantaggio dei creditori, è subordinata all'esistenza della insolvenza — intesa come *deficit* economico — e dove tale subordinazione non c'è, il fallimento si apre senza alcun accertamento. In altre parole se non è data la prova dell'insolvenza essi neppure vengono — ad eccezione dei due casi summenzionati — considerati *acts of bankruptcy* ma se la prova è richiesta ed è fornita, danno subito luogo alla dichiarazione di fallimento.

Il problema della liquidità è stato dunque risolto attraverso il procedimento cautelare in Inghilterra, e attraverso la modificazione della definizione di insolvenza, intesa come stato patrimoniale, in America, dove tuttavia gli *acts of bankruptcy* non sono scomparsi. Prima di esaminare come l'insolvenza entra nei diversi *acts of bankruptcy* ed influenza la dinamica delle prove, è necessario stabilire con esattezza cosa s'intende per insolvenza

(48) *Wilson* v. *Nelson*, 183 U. S. 191, 22 S. Ct. 74 (1901).

nella legge fallimentare americana. Orbene, esistono nella legge americana tre diverse definizioni di insolvenza, a seconda dei casi in cui essa è rilevante.

Così nell'enumerazione degli *acts of bankruptcy* e nei concordati (s. 323), si trova la formula « incapace di pagare i debiti alla scadenza ». È questa la cosidetta definizione di *equity*, perchè è in tal senso che le corti di *equity* interpretano l'*insolvency*. E tale fu il primitivo significato di insolvenza, quando gli *acts of bankruptcy* ne indicavano le manifestazioni; ma al momento attuale tale significato non ha alcun rilievo nel diritto americano, se non quando sia specificamente previsto.

Laddove la legge parla di insolvente si deve invece intendere, secondo quanto espressamente dice la s. 19 : « la persona, . . . il cui patrimonio . . . non sia sufficiente, ad una giusta valutazione, al pagamento dei suoi debiti ».

La s. 67 [(d) (1 d)] ancora dichiara poi insolvente la persona, il valore del cui patrimonio — calcolato al giusto prezzo attuale di liquidazione — sia inferiore alla somma richiesta per il pagamento dei debiti. Questa definizione, che è una via di mezzo tra le due sopra esaminate, ha rilevanza esclusivamente riguardo alla revoca degli atti in frode ai creditori e perciò serve come canone interpretativo solo per la s. 67 (d).

Generalmente quando si parla di insolvenza nella legge fallimentare ci si riferisce dunque alla definizione della s. 19 : la seconda delle tre esaminate. E tale è l'insolvenza che viene richiesta nella maggior parte dei casi perchè si abbia un *act of bankruptcy*. Già qui si rivela pertanto l'incongruenza della legge americana, la quale, conservati gli *acts of bankruptcy* — che erano manifestazioni del « non pagare i debiti alla scadenza » — esige che siano accompagnati dalla prova dell'insolvenza, intesa nel senso voluto.

L'origine della definizione di insolvenza nella legge fallimentare americana va ancora una volta ricercata nell'eterno problema del modo di ovviare all'inconveniente di far fallire chi si sia trovato in solo momentanea mancanza di liquidità.

Già altra volta ho trattato (49) con ampiezza l'argomento ed i risultati ottenuti mi sembrano sostanzialmente ancora accettabili; vale la pena di darne qualche cenno.

(49) G. Rossi, *Equivoci sul concetto di insolvenza, loc. cit.*

La definizione data dalla legge alla s. 19 (50), che a prima vista potrebbe sembrare chiara, è tuttavia molto vaga ed imprecisa. Non viene in essa indicato, infatti, nè cosa si debba intendere per attivo (*aggregate of debtor's property*), nè per passivo (*liabilities*), nè cosa significhi giusta valutazione del patrimonio (*fair valuation*), che è poi la chiave della definizione.

L'interpretazione data dalle corti americane, si attiene in generale a due precisi canoni (51). Il primo interpreta la *fair valuation* come *fair market value*, cioè giusto prezzo di mercato. Le sfumature sono tuttavia innumerevoli e vanno dalla valutazione in un ipotetico mercato in condizioni normali (52), alla valutazione secondo il probabile prezzo di liquidazione, qualora la vendita sia effettuata dallo stesso debitore e sul mercato attuale (53). Tale modulo di valutazione, aderente alla stretta definizione legislativa, è evidentemente di natura statica e seppur raggiunga lo scopo della legge di evitare il fallimento in casi di solo momentanea mancanza di liquidità, purtuttavia non lascia — al di fuori della oggettiva valutazione patrimoniale — alcuna possibilità per il debitore di ricorso al credito; possibilità questa, che spesso è indice di una più sana condizione economica.

È per questa ragione che le corti americane hanno adottato, specialmente nei casi in cui l'impresa è ancora in fase produttiva

(50) s. 19: *A person shall be deemed insolvent within the provisions of this Act whenever the aggregate of his property exclusive of any property which he may have conveyed, transfered, concealed, removed, or permitted to be concealed or removed, whith intent to defraud, hinder or delay his creditors, shall not at a fair valuation be sufficient in amount to pay his debts* ». (« Una persona sarà ritenuta insolvente, secondo le disposizioni di questa legge, quando il suo patrimonio — eccezion fatta dei beni che essa abbia alienato, trasferito, trafugato, o rimosso, o permesso che fossero trafugati o rimossi, con l'intento di frodare o frustrare i creditori — non sia sufficiente, ad una giusta valutazione, al pagamento dei suoi debiti »).

(51) La dottrina ha spesso rilevato come lo stabilire il significato di « *fair valuation* » sia realmente una questione di fantasia (Cfr. Glenn, *Liquidation*, *cit.*, p. 29). Sull'argomento in generale vedi, Bonbright and Pickett, *Valuation to Determine Solvency under the Bankruptcy Act*, 29 Col. L. Rev. (1929) 582.

(52) Cfr. il « *leading case* »: *Duncan* v. *Landis*, 106 Fed. 839 (C. C. A. 3d, 1901), seguito dalla maggioranza delle decisioni.

(53) *Stern* v. *Paper*, 198 Fed. 642 (C. C. A. 8th, 1912). Alcune più recenti decisioni considerano il valore del ricavato che si potrebbe comunque ottenere in un ragionevole lasso di tempo: *Syracuse Engineering Co.* v. *Haight*, 110 Fed. 2d 468 (C. C. A. 2d, 1940); *Dabney* v. *Chase Nat. Bank of City of New York*, 98 F. Supp. 807 (D. C. S. D. N. Y., 1951).

al momento della domanda di fallimento, una nuova interpretazione di *fair valuation*, ritenendo che il riferimento non vada più fatto al patrimonio come entità statica o insieme di beni da liquidare ma come *going concern*; il che significa che vanno tenute in debito conto tutte le possibilità di recupero insite nell'impresa, dinamicamente considerata. In tale valutazione non solo avrà importanza la potenziale capacità di produzione ma anche e soprattutto la possibilità attuale di ricorso al credito ed in genere tutti quei fattori che possono in un ragionevole lasso di tempo riassestare il patrimonio del debitore (54).

La interpretazione giurisprudenziale della *fair valuation ha* dunque ampliato di molto il significato della legge, sì da renderne la definizione molto più vaga e generica.

27. — E val la pena di vedere in breve le ragioni che hanno provocato la definizione legislativa e l'interpretazione giurisprudenziale.

La prima legge fallimentare americana del 1800 (55), fu, come già ho rilevato, di chiara impostazione inglese; di conseguenza, essa non contenne alcuna definizione di insolvenza, ma enumerò tassativamente solo gli *acts of bankruptcy*, che dovevano venire intesi come manifestazioni dell'incapacità di pagare i debiti alla scadenza. Un primo distacco dalla legislazione inglese si ebbe nella legge del 3 marzo 1867 (56), la quale introdusse come *act of bankruptcy* la cessazione dei pagamenti protrattasi per 14 giorni (57). La modifica non fu evidentemente di eccessiva portata, perchè il termine di 14 giorni non era sufficiente ad impedire l'inconveniente di far fallire chi si trovava in momentanea mancanza di liquidità, nè fu, sotto tale legge, mai richiesta o prevista alcuna valutazione più approfondita dello stato economico del patrimonio del debitore (58).

(54) Tale criterio non è preciso, e le incertezze e le sfumature sono notevoli nelle diverse fattispecie; si veda *In Re Klein*, 197 Fed. 241 (C. C. A. 6th, 1912) e gli altri *cases* citati in G. Rossi, *op. cit.*, p. 192, n. 72.

Con chiarezza d'impostazione vedi però *In Re Nathalson Bros. Co.*, 64 Fed. 2d 912 (C. C.A. 6th, 1933) e *In Re Gibson Hotels*, 24 Fed. Supp. 859 (D. C. S. D. W. V., 1938).

(55) 2 Stat. 19.

(56) 14 Stat. 517. Questa legge venne modellata sulla *Insolvency Law* dello Stato del *Massachussetts* e sorse dalla crisi economica causata dalla guerra civile.

(57) s. 39. Per maggiori precisazioni v. G. Rossi, *op. cit.*, p. 188, n. 55.

(58) Così la Corte Suprema nel 1871, in *Toof* v. *Martin*, 13 Wall. 40.

La crisi economica del 1873, fece fallire (con la clausola della cessazione dei pagamenti alla s. 39 della legge del 1867) migliaia di persone che avrebbero potuto, con qualche pazienza dei creditori continuare ben presto con normalità i loro affari. Nè alcun cambiamento recò l'emendamento del 22 giugno 1874 (59), che estese a quaranta i giorni richiesti per la cessazione dei pagamenti. Le continue crisi economiche rendevano però necessario un ben altro intervento. Quasi nello stesso torno di tempo, la legislazione inglese, assillata dallo stesso problema della liquidità, lo risolveva nel 1883 con l'introduzione del procedimento cautelare anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Ma altra fu la via seguita dalla legge americana. Le crisi avevano infatti fatto sorgere in America l'opinione che l'insolvenza, come presupposto del fallimento, non dovesse più consistere nel non pagamento dei debiti alla scadenza (cioè nella attuale mancanza di liquidità), ma in una più sostanziale condizione di dissesto del debitore, risultante da accurata valutazione del suo patrimonio, e prescindente da qualunque alterna vicenda della sua liquidità, legata a volte a fenomeni contingenti di mercato.

La legge fallimentare venne intanto abrogata nel 1878 (60). E per vent'anni gli Stati Uniti furono senza legge fallimentare federale (con in vigore tuttavia le varie *insolvency laws* dei singoli Stati, con gli inconvenienti legati ad una legislazione fallimentare non uniforme entro i confini dello Stato Federale), e cioè fino al 1898, quando venne emanata la nuova legge fallimentare (61), attualmente ancora in vigore, nonostante le sostanziali modifiche subite.

In quei vent'anni tuttavia furono affidati incarichi a varie Commissioni Senatoriali per lo studio del problema e per la formulazione di una nuova legge fallimentare. Tre proposte di legge sortirono da tale lavoro: l'*Equity Bill*, il *Lowell Bill* ed il *Torrey Bill* (62). Fin dal primo di essi, del 6 dicembre 1882, risultò chiara la nuova impostazione da dare alla futura legge fallimentare: prevenire i fallimenti e distaccarsi dalla legislazione inglese al fine di cambiare la definizione dell'insolvenza secondo le nuove concezioni (63). E dalle tre proposte legislative ora nominate, con altri

(59) 18 Stat. 181.

(60) 20 Stat. 99.

(61) 30 Stat. 544.

(62) Su di essi cfr. ampiamente G. Rossi, *op. cit.*, p. 190.

(63) Cfr. gli interessanti dibattiti parlamentari sull'*Equity Bill*: 14 *Cong. Rec.*, 47th Congress 2nd sess., p. 41.

emendamenti successivi di minor conto, sortì la legge del 1898 con la definizione di insolvenza che ancora vige e che abbiamo sopra esaminato.

Il problema della liquidità, che si fece sentire sopratutto verso la fine dello scorso secolo — ed è problema perciò di piuttosto recente impostazione — creò in sostanza la definizione di insolvenza della legge americana, così come causò in Inghilterra l'introduzione del *receiving order*.

Ma ancora, la soluzione di tale problema in una definizione, per sua natura statica, creò negli Stati Uniti la necessità di considerare l'aspetto dinamico della condizione del debitore, cioè — generalizzando — la possibilità del suo ricorso al credito. Ed esso venne risolto nel modo da noi indicato dalla giurisprudenza.

28. — Il sistema della legge americana è stato sottoposto a critiche da parte della dottrina per quanto riguarda gli *acts of bankruptcy* e per quanto riguarda il concetto di insolvenza. Gli *acts of bankruptcy* sono stati considerati come semplici relitti storici, e si è sostenuto che servono solo ad aumentare il periodo tra l'insolvenza e la dichiarazione del fallimento, ritardando inutilmente la procedura; in conseguenza, se ne è auspicata l'abolizione (64).

S'è proposto da altri di cambiare l'attuale definizione di insolvenza, sostituendola con quella d'*equity* (incapacità di pagare i debiti alla scadenza) (65), o conservandola solo per quei casi in cui il passivo superi l'attivo, eppure non ci sia incapacità di pagare i debiti alla scadenza (66). L'attuale definizione introdotta più

(64) TREIMAN, *Acts of Bankruptcy; A Medieval Concept in Modern Bankruptcy Law*, 52 Harv. L. Rev. (1938) 189.

L'inconveniente di non far fallire chi sia insolvente, perchè non compie un *act of bankruptcy* è maggiore nel diritto americano che in quello inglese. Non esiste infatti negli Stati Uniti il sistema della *notice*; e l'*act of bankruptcy* suo equivalente è il terzo *act of bankruptcy* che riguarda il *judgment lien*. Ma ottenere un *lien* sul patrimonio del debitore non è spesso impresa nè facile nè celere.

(65) GLENN, *Liquidation*, *cit.*, p. 36; HUNT, *National Bankruptcy Legislation, Past, Present and Future*, 38 Comm. L. J. (1933) 630, 640. Hanno criticato il complesso procedimento di valutazione che l'attuale definizione implica, oltre al GLENN, *op. cit.*, p. 21, il BONBRIGHT and PICKETT, *op. cit.*, p. 582.

(66) KREFT, *What is «Subject of Bankruptcies»?* 6 Temple L. Q. (1932) 141, 153 e la recente nota: «*Acts of Bankruptcy*» *in Perspective*, 67 Harv L. Rev. (1954) 500, 505.

per salvare ad ogni costo il debitore — anche si dice per lo « stigma » a cui i falliti sono soggetti (67) — che per amministrare e distribuire i beni del debitore tra i creditori in concorso, non par certo consona allo scopo ed alla natura della procedura fallimentare.

Prima di chiudere, vorrei fare al proposito due osservazioni, che ritengo rilevanti. La prima è che certamente esiste incongruenza tra gli *acts of bankruptcy* e la attuale definizione di insolvenza. Essi infatti sono stati recepiti dal diritto inglese come manifestazioni dell'insolvenza, concepita come « incapacità di pagare i debiti alla scadenza »; cambiata la definizione d'insolvenza — in modo così radicale — hanno perso la loro funzionalità (riassunta nel diritto inglese attraverso l'introduzione del procedimento cautelare), per cui la loro esistenza è stata subordinata a quella dell'insolvenza stessa, naturalmente nel senso indicato dalla legge. Ma, a mio parere, non è possibile, allo stato attuale delle cose, immaginare la loro scomparsa completa. Ammesso infatti che si ripristini, come vorrebbero gli autori citati, l'antica e più genuina definizione d'*equity*, sono pur sempre necessarie manifestazioni esteriori per poter accertare l'insolvenza e gli *acts of bankruptcy* verrebbero pertanto, con ogni verosimiglianza, reintrodotti dalla corti, le quali non avrebbero nella ricerca delle manifestazioni dell'insolvenza altri precedenti da seguire che gli attuali, modellati sulla legge in vigore (68).

La seconda considerazione è che accanto alla procedura di fallimento (*straight bankruptcy*), per l'inizio della quale è necessaria l'insolvenza [eccetto quando sia il debitore a domandare il suo fallimento ed anche in alcuni casi particolari in cui il fallimento venga domandato dai creditori], il diritto americano conosce altre procedure speciali, per evitare, quando è possibile, il fallimento; esse hanno per presupposto l'incapacità di pagare i debiti alla scadenza. E precisamente oltre alle procedure concordatarie intendo riferirmi alla riorganizzazione delle società per azioni (*corporate reorganization*).

Esistono dunque due diversi tipi di procedure per la disci-

(67) Vedi la nota: *Composition and Extentions under Recent Bankruptcy Amendments*, 33 Col. L. Rev. (1933) 704 nota 5.

(68) Moore and Tone, *Proposed Bankruptcy Amendment: Improvement or Retrogression*, 57 Yale L. J. (1948) 683, 708, sono per il mantenimento degli *acts of bankruptcy* seppur con qualche mofica: ma le loro argomentazioni sono diverse da quelle del testo.

plina del dissesto nel diritto americano, l'una di liquidazione e l'altra di riabilitazione o riorganizzazione (*relief proceeding*), che ha trovato ragione di essere in quel fondamentale principio ispiratore della *bankruptcy* che è il *favor debitoris*.

Ad esse corrispondono due diversi concetti di insolvenza, di cui quello contemplato dalla legge resta in parte giustificato dall'esistenza di tali procedure affiancate. Sembra infatti che il legislatore americano abbia così ragionato: se la situazione economica del debitore è malata vediamo d'aiutarlo a risollevarsi, aspettando comunque a liquidarla solo nei casi disperati di avanzato dissesto. La procedura di liquidazione fallimentare è in effetti prevista solo nei casi di avanzato dissesto economico; nè forse le varie critiche che si fanno alla definizione di insolvenza della legge valgono, se non si tiene nel contempo presente che il fallimento riceve ora ristretta applicazione, mentre sono state perfezionate ed ampliate altre procedure che ad esso si affiancano e che giustamente tendono ad evitare la liquidazione fallimentare, qualora vi siano altre soluzioni che più favoriscano gli interessi e del debitore e dei creditori; il loro presupposto è l'incapacità di pagare i debiti alla scadenza e pertanto il tempestivo intervento per la tutela del credito è assicurato.

Concludendo, già fin d'ora, risulta come nel diritto americano il fenomeno dell'insolvenza, in qualunque senso la si voglia intendere, possa dar luogo a vari procedimenti di cui il fallimento in senso stretto non è che uno, anche se in generale il più importante. Ma a diversi gradi di insolvenza corrispondono nella legge distinte possibilità di soluzione, e ciò va tenuto presente anche nella valutazione del problema dell'attuale mancanza di liquidità. Le procedure concordatarie e di riorganizzazione che vieppiù vanno sostituendosi in ogni paese alla liquidazione fallimentare formano peraltro un importante capitolo nella legislazione americana, direi forse il più importante.

29. — Abbiamo già indicato, nella parte introduttiva, che la legge americana, come del resto quella inglese, non restringe l'applicazione delle procedure fallimentari ai soli commercianti, ma le applica indistintamente a tutti i debitori.

Ma se una distinzione deve farsi riguardo alle persone soggette al fallimento nel diritto americano, questa riguarda precisamente la differenza tra la *voluntary* e la *involuntary petition* (dove la *voluntary petition* sta ad indicare la domanda di fallimento da parte

del debitore stesso ed *involuntary petition* la domanda di fallimento da parte dei creditori).

Per la s. 4 ogni persona (69) può diventare fallita attraverso un *voluntary proceeding* (a presupposto del quale — come vedremo — vi è non già insolvenza ma la semplice esistenza di debiti, di cui neppure si specifica l'ammontare) ad eccezione delle *municipal corporation* (70), delle società ferroviarie, d'assicurazione, bancarie e delle *building and loan associations*. La legge del 1898 escudeva è vero dalla *voluntary bankruptcy* indistintamente tutte le società per azioni (*corporations*); ma per la possibilità che esse avevano di fallire attraverso una *involuntary petition*, lo scopo poteva essere egualmente raggiunto attraverso l'opera di qualche compiacente creditore, che si lasciasse convincere ad inoltrare la domanda. Era dunque inutile conservare tale limitazione e pertanto la *voluntary bankruptcy* venne estesa anche alle società, eccezione fatta per quelle summenzionate.

Le *municipal corporations*, che delle società hanno solo il nome, vengono evidentemente escluse da ogni procedura fallimentare, in ragione della loro stessa natura. Le società ferroviarie (*railroad corporation*), società di capitali vere e proprie, sono invece escluse, perchè qualora siano insolventi, vengono riorganizzate attraverso una speciale procedura, di cui mi occuperò in seguito, prevista dalla s. 77 della legge fallimentare o dalla s. 20 (b) dell'*Interstate Commerce Act* (71).

Le compagnie d'assicurazioni (*insurance companies*) vengono invece liquidate attraverso procedure previste dalle leggi dei singoli Stati (72); lo stesso dicasi delle banche (73) e delle *building and loan associations* (74).

(69) Persona è inteso qui nel senso indicato dalla s. 1 (17): « *Persons* » *shall include corporations, except where otherwise specified, and officers, partnerships, and women...* »

(70) La « *municipal corporation* » riguarda l'amministrazione di una ristretta comunità locale, che corrisponde alla « municipalità ». Della particolare procedura cui esse sono sottoposte a norma del ch. IX del *Bankruptcy Act*, ci dovremo occupare a parte.

(71) Apr. 9, 1948, P. L. 478, 80th Cong., 62 Stat. 163, 49 U. S. C. A. § 20 (b).

(72) Cfr. Hanna and Mc Lachlan, *Cases on Creditors' Rights*, Brooklyn, 1948, II, p. 120; Dodd and Billyou, *Cases on Corporate Reorganization*, 1950, Brooklyn, p. 483 sgg.

(73) Vedi Glenn, *Liquidation*, *cit.* §§ 276, 278.

(74) Le *building and loan associations* sono società, costituite allo scopo di concedere mutui, che molto rassomigliano alle banche e che, come queste,

Per quanto riguarda la *involuntary petition* — e cioè la domanda dei creditori — la s. 4 (b) specifica che « ogni persona fisica — eccezion fatta per i salariati e gli agricoltori — ed ogni società di capitali, la cui attività sia a scopo di lucro (*moneyed, businness or commercial corporation*) — eccezion fatta per i quattro tipi di società già escluse dalla *voluntary bankruptcy* —, che abbiano debiti per un ammontare di almeno $ 1000, sono soggette alla *involuntary bankruptcy*. Rimandando la trattazione della disciplina prevista per i salariati e per gli agricoltori, la cui insolvenza sarà disciplinata in modo del tutto particolare, ed il problema del fallimento degli incapaci, su cui la legge non fa parola e la giurisprudenza è realmente confusa e non uniforme, mi pare necessario che venga però tenuto ora presente il problema delle società di capitali, anche perchè — come si desume chiaramente dalla s. 4 (b) — vengono escluse dalla *involuntary bankruptcy* le società non commerciali, che però possono chiedere direttamente il loro fallimento.

Del problema del fallimento delle società in generale ci occuperemo diffusamente in seguito, ma va qui notato che nel diritto americano, contrariamente a quanto avviene nel diritto inglese, le società per azioni oltre ad essere soggette ad una forma di riorganizzazione prevista minuziosamente dalla legge in caso di insolvenza, possono anche essere dichiarate fallite e soggiacere perciò alla normale procedura di *bankruptcy* (75).

Nessuna disposizione è infine prevista dalla legge americana per il caso che il patrimonio del defunto versi in istato di insol-

vennero escluse dalle procedure fallimentari da una legge del 1932 (Feb. 11, 1932; 47 Stat. 47).

(75) Nel diritto inglese oltre alle società di capitali non possono essere sottoposti a fallimento i minori, — perchè incapaci — (*Infant Relief Act*, 1874, 37 - 38 Vict., c. 62). La questione è però controversa: Chalmers and Hough, *Bankruptcy Acts* (1923, 9th ed., p. 22) sostengono che il minore non possa mai essere assoggettato al fallimento (nello stesso senso Halsbury's, *Laws of England*, *cit.*, p. 13); nello William's si sostiene che lo possono almeno nel caso in cui abbiano agito con dolo (*op. cit.*, p. 31). Una decisione recente ha però concluso che lo possono essere sempre, giacchè non esclusi dalla legge fallimentare (*Re a Debtor* (1950) Ch. 282, per *Evershed M. R.*, 291).

Esclusi lo sono pure gli interdetti (*lunatics*), se la *Court of Lunacy* non autorizza la dichiarazione di fallimento (*Re Farnham* (1895) Ch. 487; ed anche *Re a Debtor* (1941) Ch. 487); mentre non lo sono più, ma solo dal *Law Reform* (*Married Women and Tortfeasors*) *Act*, 1935 (24 - 25 Geo. 5, c. 30), le donne maritate.

venza. Non si parla qui di chi, già dichiarato fallito, muoia nel corso della procedura, nel qual caso questa proseguirà normalmente come se egli fosse ancora in vita (s. 8); ma di chi muoia prima di essere dichiarato fallito ed esistano peraltro i presupposti oggettivi per tale dichiarazione. La legge fallimentare federale non disciplina cioè l'insolvenza dell'eredità (*insolvent decedent's estates*), la cui liquidazione è invece regolata dalle leggi dei singoli Stati dell'Unione, che — spesso molto antiquate — non sono certo all'altezza della legislazione federale (76).

(76) Vedi in argomento NADELMANN, *Insolvent Decedents' Estates*, 49 Mich. L. Rev. (1951) 1129.

In Inghilterra invece la liquidazione dell'*insolvent decedents estates* è dal 1873 [*Supreme Court of Judicature Act*, 1873, § 25 (1), 36 - 37 Vict., c. 66] connessa alla procedura fallimentare (s. 130), con in più una norma che stabilisce la priorità dei crediti per le spese funerarie, e dell'amministrazione testamentaria [cfr. *Administration of Estates Act*, 1925, § 34 (1)].

CAPITOLO III

LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

Sez. I. – *Iniziativa per la dichiarazione di fallimento e fase istruttoria del processo.* — 30. La domanda del debitore. — 31. La domanda dei creditori ed i requisiti richiesti dalla legge. — 32. La domanda di fallimento e l'onere della prova dell'insolvenza. — 33. Gli effetti della domanda di fallimento. L'istruttoria e la nomina del *receiver*. — 34. La fase d'accertamento dell'insolvenza nel diritto inglese. — Sez. II. – La *Court of bankruptcy* e la sua competenza. — 35. La *summary* e la *plenary jurisdiction*. — 36. La competenza territoriale e l'*ancillary jurisdiction*. — 37. Gli organi del procedimento. — 38. La dichiarazione di fallimento e suoi effetti immediati.

30. — Già ho notato l'importanza essenziale che l'insolvenza ha nello svolgimento della procedura fallimentare; ancora è qui necessario esaminare comparativamente i diversi effetti che, date le esaminate difformi formulazioni, essa ha nel diritto americano. Mentre nel diritto inglese gli *acts of bankruptcy* sono le condizioni di procedibilità per l'apertura del processo su richiesta del creditore, e alla domanda (*petition*) non segue, ancorchè sia stato accertato il compimento di un *act of bankruptcy*, la dichiarazione di fallimento, ma un procedimento cautelare diretto a risolvere — se possibile — l'insolvenza al di fuori del fallimento, in quello americano alla domanda segue immediata la dichiarazione di fallimento, naturalmente qualora esistano i presupposti richiesti.

Legittimati ad inoltrare la domanda di fallimento sono il debitore ed i creditori (s. 59). In nessun caso è ammessa la dichiarazione *ex officio* (1).

Nel caso di domanda del debitore si parla di *voluntary bankruptcy*. Il diritto del debitore a chiedere il proprio fallimento, riconosciuto fin dal tempo degli statuti italiani (2), non venne

(1) E ciò vale anche per il diritto inglese (s. 6), quanto per quello canadese (s. 21) e scozzese (s. 13).

(2) LATTES, *op. cit.*, p. 328.

invece concesso in Inghilterra se non nel 1849 (3); e lo fu ad opera della *Chancery*. Anteriormente il debitore poteva tuttavia far provocare il proprio fallimento attraverso la domanda di qualche creditore amico. E tale era la prassi (chiamata « *concerted act of bankruptcy* ») che anzi venne legalizzata nel 1825 (4). Ma ancora il debitore poteva avvalersi, solvente od insolvente che fosse, del trasferimento totale del proprio patrimonio (*assignement for the benefit of creditors*), che era pur sempre un *act of bankruptcy*. Quando poi il diritto a chiedere il proprio fallimento venne riconosciuto, esso non fu altro che la indicazione esplicita dell'interesse del debitore a chiedere il proprio fallimento, in vista di quei particolari privilegi, che già da qualche tempo la *bankruptcy* conosceva, quale la *discharge*, che a mio avviso, costituisce appunto la migliore ragione del riconoscimento di tale diritto, tanto più che non esiste nella *common law* la possibilità di dichiarare il fallimento *ex officio*, che potrebbe, sulla giustificazione dell'interesse pubblico, forse diversamente spiegare il diritto a richiedere direttamente il proprio fallimento (5).

Il diritto americano, che introdusse la *voluntary petition*, ancor prima di quello inglese e precisamente nel 1841 (6), prevede che ciascuna « persona qualificata », nel senso che possa essere dichiarata fallita, può presentare *voluntary petition* [s.59 (a)]. Non solo non è necessario che sia data prova di alcun *act of bankruptcy*, ma la stessa insolvenza è completamente irrilevante (7). Come risulta dalla *Official Form N. 1* il requisito essenziale è che colui che inoltra la *petition* dichiari di avere semplicemente dei

(3) 12-13 Vict., c. 106 (1849).

(4) 6 Geo. IV, c. 16 (1825).

(5) Cfr. ROTONDI, *Il fallimento* (lit.), Pavia, 1930, p. 167.

(6) 5 Stat. 440 (1841).

Nel diritto inglese la *petition* del debitore deve contenere la dichiarazione che egli è « incapace di pagare i proprio debiti alla scadenza » [s. 6 (1)], senza dover provare alcun *act of bankruptcy*. La *petition* del debitore, che assume qui l'aspetto di azione preventiva a quella dei creditori, dà luogo immediatamente alla emanazione del *receiving order*.

(7) *Re Pyatt*, 257 F. 362 (D. Nev., 1918).

Va qui notato che è irrelevante anche qualora l'*act of bankruptcy* consiste nell'*assignement for the benefit of creditors*, che è la forma più volontaria di *act of bankruptcy*. Come diremo, ciò serve ancor più ad indicare che la legge americana predispone la possibilità per chiunque di usufruire della liquidazione fallimentare, anche se non è insolvente.

« debiti »; nè si dice che non possa o non voglia pagarli, o a quanto debbano ammontare.

È questo un altro punto di fondamentale interesse, su cui è necessario fermarci, perchè pone in luce un aspetto peculiare del diritto americano, il quale si rivela dunque assai rigido, data la sua definizione di insolvenza, nel far fallire il debitore su richiesta del creditore, ma assai blando, nella richiesta dei requisiti, quando si tratta del debitore stesso che chiede il proprio fallimento.

La liquidazione fallimentare nel diritto americano non presuppone dunque e sempre l'insolvenza, ma è invece possibile anche in caso di più assoluta solvenza a richiesta del debitore, che solo abbia dei « debiti » (sia che li voglia o no pagare).

Esiste dunque un vero e proprio diritto del debitore solvente a porre in liquidazione il proprio patrimonio ed a ritirarsi in tale modo dagli affari, attraverso la procedura fallimentare; che se tale diritto fosse riconosciuto solo all'insolvente, non si tratterebbe più di diritto alla liquidazione del proprio patrimonio, ma di una specie di dovere (e corrispondente diritto se si vuole) di prevenire cronologicamente i propri creditori, per quel pubblico interesse indubbiamente insito nella procedura fallimentare. Ma « il diritto alla liquidazione fallimentare — dice il GLENN (8) — spetta ad ogni uomo solvente o insolvente, mentre l'interferire col desiderio del debitore di liquidare il suo patrimonio, . . . è semplicemente un volere complicazioni. Privilegi e atti in frode ai creditori ne sarebbero la conseguenza ».

Contrariamente alla maggioranza degli altri diritti, compreso l'inglese, quello americano conosce perciò un fallimento volontario della persona solvente. Nè v'è chi possa opporsi, perchè la legge infatti non prevede opposizione alla *voluntary petition* ed i creditori d'altra parte ne vengono a conoscenza solo al momento della dichiarazione di fallimento (*adjudication*).

(8) GLENN, *Liquidation*, *cit.*, p. 136 sgg. Questo A. è l'unico che si sia accorto del problema e ne abbia tentato una sistemazione dogmatica.

Allo stesso principio forse s'ispira quella parte di dottrina italiana (vedila citata in G. ROSSI, *op. cit.*, pag. 201, nota 114) la quale distinguendo insolvenza da insolvibilità, ritiene che insolvente sia anche chi non paga i debiti, semplicemente perchè non vuole pagare; ciò che sarebbe per lui un mezzo di ottenere la liquidazione fallimentare. E l'insolvenza concepita come « non pagamento dei debiti alla scadenza » dovrebbe in verità comprendere e la volontarietà e l'involontarietà dei mancati pagamenti.

31. — La domanda dei creditori invece esige sempre per poter essere inoltrata che sia stato compiuto un *act of bankruptcy* nei quattro mesi anteriori (*Official Form, N. 5*) (9).

La disciplina della domanda dei creditori (*involuntary petition*) è nella legge americana prevista dalla s. 59, che distingue due casi: *a*) se il debitore ha dodici o più creditori, tre o più di loro possono inoltrare la *petition* purchè i loro crediti ammontino complessivamente almeno a $ 500; *b*) se il debitore ha meno di dodici creditori, anche uno solo di essi può inoltrare la *petition*, purchè il suo solo credito ammonti almeno a $ 500.

Nel contare il numero dei creditori, si escludono i dipendenti del debitore, i famigliari, gli azionisti (nel caso di società), i superiori (nei rapporti di lavoro), i creditori che hanno partecipato all'*act of bankruptcy*, i creditori garantiti, e quelli che sono stati gli aventi causa in un trasferimento nullo od annullabile secondo la legge fallimentare. Se poi vi sono più di dodici creditori al momento in cui uno solo di essi ha inoltrato *petition*, questi non può successivamente farsi cedere i crediti per ridurre il totale a meno di dodici (10). Riguardo ai creditori garantiti si applica la stessa regola che vale nel diritto inglese (11) e si ritiene che quando un

(9) Il termine è di tre mesi per il diritto inglese [s. 4 (1) (c)] ed è stato introdotto solamente dalla legge del 1883, mentre sotto quella del 1869 il termine era di sei mesi, e prima ancora di uno o più anni.

(10) *Navinson Shoe Co.* v. *Lane Shoe Co.*, 36 F. 2d 454 (C. C. A., 1st., 1929).

(11) Per quanto riguarda il diritto inglese, la *petition* — redatta nelle forme prescritte (B. R. 145, 146) deve specificare l'ammontare del debito (almeno 50 sterline), l'*act of bankruptcy* che è stato compiuto, il luogo e la durata della permanenza del debitore nella circoscrizione della corte, ai fini della competenza.

Ogni persona che è legittimata ad iniziare un procedimento in *law* od in *equity* per il pagamento di un debito, può essere un *petitioning creditor* (alcuni crediti non possono però dar luogo alla *petition*: quali quelli degli usurai, quelli nei confronti dei minori, quelli derivanti da danni per illecito civile (*tort*) e i crediti di giuoco). È però comunque necessario che si tratti di debito esistente al momento del compimento dell'*act of bankruptcy* (Cfr. *Moss* v. *Smith*, 1 Camp. 489), determinato o determinabile [*Re Debtors* (1927) 1 Ch. 19 (C. A.)], pur non essendo necessario che tale debito sia stato esigibile al momento in cui l'atto venne compiuto. Quando i creditori per lo stesso debito sono più d'uno, devono unirsi nella *petition*.

Costituisce preclusione l'aver preso parte in qualunque modo all'*act of bankruptcy*. Per quanto riguarda i creditori garantiti (*secured creditors*), la legge dispone che essi possono far valere solo l'ammontare del debito, fatta deduzione del valore della garanzia, oppure rinunciare ad essa espressamente

tale creditore inoltri la *petition* senza far menzione della propria garanzia, abbia ad essa implicitamente rinunciato (12).

Il debito deve essere comunque liquido ed esigibile e deve poter essere ammesso al passivo, (sui debiti che possono essere ammessi al passivo, vedi la s. 63), con conseguente esclusione ad esempio di tutti quelli derivanti da danno per illecito civile (*tort*), eccezione fatta per i casi di negligenza [s. 63 (7)]. Il periodo di tempo utile dopo il compimento dell'*act of bankruptcy* per l'inoltro della *petition* è di quattro mesi. Per quanto riguarda il primo, secondo e quarto *act of bankruptcy* il periodo dei quattro mesi va computato dal momento in cui il trasferimento è tale che nessun terzo di buona fede e nessun creditore potrebbe più acquistare alcun diritto sul patrimonio, superiore ai diritti dell'avente causa [s. 3 (b)]. Naturalmente in questo caso spetta alla legge dei singoli Stati stabilire i rispettivi diritti dei terzi e dell'avente causa. Per quanto riguarda il pegno e l'ipoteca, ad esempio, si può in generale osservare per la maggioranza degli Stati dell'Unione che il pegno diventa inattaccabile dopo il trasferimento della cosa e l'ipoteca dopo l'iscrizione.

L'effetto della s. 3 (b) è insomma quello di estendere il periodo utile per inoltrare la *petition*.

32. — Nella *involuntary petition* non solo è necessario che il creditore provi dunque il compimento di un *act of bankruptcy*, ma dal momento che questi sono stati per la maggior parte assomiati all'esistenza dell'insolvenza nel senso indicato dalla legge, ne deriva che l'insolvenza entra in egual misura nella dinamica delle prove.

L'insolvenza non è però sempre necessaria alla dichiarazione di fallimento (13), e non lo è in particolare, oltre che in caso di *voluntary petition*, qualora l'*act of bankruptcy* consista nella dichiarazione scritta del debitore che egli non può pagare i debiti alla scadenza e chiede perciò di essere giudicato fallito [s. 3 (a) (6)] o nel trasferimento del patrimonio a vantaggio dei creditori [s. 3 (a) (4)]. La

a profitto di tutti i creditori [s. 4 (2)], nel qual caso sono ammessi per l'intero ammontare del debito.

Il *petitioning creditor* deve in ogni caso versare alla corte una somma di denaro (circa 1[illegible] sterline) per le prime spese del processo.

(12) *Mount Vernon Hotel Co. et al.* v. *Block et al.*, 157 F. 2d 637 (C. C. A. 9th, 1946).

(13) *George M. West Co.* v. *Lea*, 174 U. S. 590, 19 S. Ct. 386 (1899).

ragione di questa eccezione, va, a mio avviso, ricercata nel fatto che sono questi i due *acts of bankruptcy* meno involontari, nel senso che il loro compimento è sempre dipendente da un atto di esplicità volontà del debitore; e perciò la legge ha forse voluto ravvicinare un poco la loro disciplina a quella della richiesta di fallimento del debitore stesso.

In tutti gli altri casi l'insolvenza è necessaria. Ma la dimostrazione di solvenza (cioè di un attivo superiore al passivo) da parte del debitore sarà completa difesa per il primo *act of bankruptcy* [s. 3 (c)]. Se il debitore invece semplicemente neghi la sua insolvenza nel secondo e terzo *act of bankruptcy*, e l'insolvenza o l'incapacità di pagare i debiti alla scadenza nel quinto *act of bankruptcy* (14), l'onere della prova è a carico del creditore, a meno che il debitore sia contumace (s. 3 d).

33. — Al deposito della *involuntary petition* viene emanato un *subpoena* (15) nei confronti del debitore [s. 18 (a)] ed inizia l'istruttoria del processo. La notificazione accompagnata da una copia della domanda avviene secondo le *federal rules of civil procedure*. Entro dieci giorni dalla notificazione il debitore dovrà presentare la sua risposta, ed in caso di opposizione dovrà fornire le prove, la lista dei creditori, i libri contabili, ecc. . . , a seconda di ciò che voglia contestare. La procedura seguita in questi momenti iniziali del processo è identica comunque a quella del processo normale.

La s. 21 (a) dà poi alla corte, dietro richiesta di ogni *officer*, del fallito (16) o dei creditori, il potere di esaminare ogni persona, che possa dare informazioni sul debitore, sulla sua condotta e i suoi beni.

Il debitore ha infine il diritto di essere giudicato da un *jury* sulla questione dell'insolvenza e degli *acts of bankruptcy* (s. 19); alla fine del processo la corte a seconda delle conclusioni dichiarerà il fallimento o ne riterrà infondata la domanda.

(14) L'incapacità di pagare i debiti alla scadenza è stata qui introdotta per la ragione che l'*equity receivership*, che costituisce appunto il quinto *act of bankruptcy*, viene concessa quando vi sia tale incapacità, senza bisogno di provare il *deficit* di bilancio.

(15) Il *subpoena* è attualmente un mandato di comparizione.

(16) L'uso qui della parola fallito (*bankrupt*), fa dubitare se la s. 21 (a) possa riferirsi anche a procedimenti anteriori alla dichiarazione di fallimento. La discrezione delle corti al riguardo è tuttavia molto ampia.

Qualora infine il debitore non risponda alla *involuntary petition*, la corte dichiarerà il fallimento [s. 18 (e, f)], che come abbiamo però già osservato non può mai essere dichiarato d'ufficio.

La domanda ha inoltre l'effetto di sospendere fino al tempo in cui venga rifiutata o si dichiari il fallimento, tutte le cause, pendenti contro il fallito [s. 11 (a)], che concernano rapporti di credito, che sarebbero soggetti a *discharge*, nel caso che questa venisse accordata. La corte può però anche decidere di continuare la sospensione anche dopo la dichiarazione di fallimento. La richiesta di sospensione deve comunque venire sempre dal debitore, in quanto è prevista a suo vantaggio; infatti se egli ottiene la *discharge*, potrà farla valere contro tali rapporti.

La s. 2 [a (3), (5)] della legge dà poi alla corte — sempre su domanda di parte — il potere di nominare — dopo la *petition* — dei *receivers* (sequestratari), per la conservazione e l'amministrazione dei beni del debitore (17). Dal *Chandler Act* del 1938 in poi è stato tolto nelle parole della legge l'« assolutamente » riferito alla necessità di nominare *receivers*, appena fosse presentata una *petition* (18). Attualmente la nomina dipende dalla discrezione della corte, che in genere la concede quando esista veramente quel *periculum in mora*, che giustifichi un provvedimento cautelare.

Alcune corti solitamente accettano come sequestratario la persona indicata dai creditori, altre invece lo scelgono indipendentemente. Il sequestratario è comunque un *officer of the Court*, dalla quale direttamente dipende (19). La sua funzione è strumen-

(17) Il *receiver* a sua volta può nominare un consulente che lo aiuti (s. 44c; *general order N. 44*) I *receivers* vengono pagati in base ai servizi prestati. Il compenso, determinato dalla corte, deve essere però tenuto nei limiti massimi stabiliti dalla s. 48 della legge.

(18) La dottrina criticò questa automatica nomina del *receiver* dopo la *petition*, in quanto provocava un aumento delle spese giudiziali e non sempre era necessaria (Cfr. HANNA, *The Receiver in Bankruptcy: An Introduction to Bankruptcy Reform*, 3 So. Calif. L. Rev. (1930) 241; CLARK, *Reform in Bankruptcy Administration*, 43 Harv. L. Rev. (1930) 1189). Le corti americane seguirono ben presto tale dottrina [cfr. *Royal Indemnity Co.* v. *American Bond and Morgage Co.*, 51 F. 2d 60 (C. C. A. 1st, 1931) *affirming* 50 F. 2d 441 (D. Me., 1931)].

(19) Una interessante pratica fu seguita per alcuni anni dai giudici del *Southern District of New York*, che nominarono per tutti i casi come *receiver* la *Irving Trust Company*. Tale pratica dovette però essere presto abbandonata per non creare una « monopolizzazione » dell'ufficio di *receiver* (legge del 7 giugno 1934, § 3, Stat. Supp. (1949) 55 n.). Tale fatto è una prova

tale, in attesa di quella del *trustee*, e la sua mansione principale è la preparazione dell'inventario dei beni del debitore. La corte ha al riguardo anche il potere di nominare periti per la valutazione del patrimonio del debitore. Il sequestratario può infine alcune volte, con autorizzazione della corte, anche vendere i beni del fallito, quando ciò sia reso necessario dalle loro condizioni.

Al momento della presentazione della propria *petition* o dieci giorni dopo la dichiarazione del fallimento, il debitore deve presentare un prospetto completo dei suoi beni e dei suoi creditori ed uno *statement of affairs* (rapporto sulle sue condizioni finanziarie).

Il prospetto redatto nei modi indicati nelle *official forms*, n. 2 e 3, è un documento di eccezionale importanza e va redatto con la massima cura. Dalla sua completezza dipenderà la concessione o meno della *discharge*; i debiti che in esso non siano elencati, sopravvivono al fallimento, qualora i creditori non siano venuti a conoscenza dei procedimenti fallimentari in corso; il *trustee* infine farà costante riferimento a tale prospetto non solo per la verifica dei crediti, ma per ogni altra questione che sorga relativamente alla proprietà del fallito ed ai suoi creditori.

34. — Questa parte procedurale della *bankruptcy* dipende in massima parte dalle norme di diritto processuale civile proprie del diritto americano. La fase istruttoria si limita in sostanza all'accertamento del presupposto dell'insolvenza laddove richiesta e degli *acts of bankruptcy*.

Di più ampia portata è invece la fase istruttoria della *bankruptcy* nel diritto inglese, introdotta dalla legge del 1883 — troppo tardi cioè per influenzare il diritto americano —, di cui ho già fatto parola e di cui sarà opportuno dare ora cenno ulteriore, perchè oltre ad essere la parte più originale del diritto inglese è forse quella di più notevole interesse per noi.

Dopo aver indagato sulla fondatezza e procedibilità della domanda (*proceedings on petition*) la corte, che gode qui dei più

che l'introduzione di *Official Receivers* nella procedura americana a facilitare l'amministrazione fallimentare incontrerebbe ormai forti resistenze. Il problema connesso a quello di trovare un più efficente e spedito sistema di amministrazione fallimentare venne studiato dal più volte citato DONOVAN REPORT a partire dal 1929, con vaste investigazioni ed uno studio comparato di legislazione inglese e canadese.

ampi poteri (20), esaminate le prove richieste e verificati i vari presupposti, se non ritiene di dover rifiutare la domanda, emana il provvedimento cautelare (*receiving order*) (21). Si ricordi che questo viene però immediatamente emanato nel caso che la domanda sia stata presentata dal debitore stesso [s. 6 (1)]. Il *receiving order* inglese ha ben diversa portata — essendo tra l'altro sempre necessario — di quello concesso a volte dalle corti americane.

Del *receiving order*, già si è in parte detto; va comunque qui ancora aggiunto che esso ha carattere amministrativo (22), che

(20) La corte può ritenere valida ogni *petition* irregolare per vizi di forma
od altro (*Re Small* (1934) 1 Ch. 541); può unificare più procedimenti (s. 110);
può sostituire il *petitioning creditor* [s. 4 (1) a] e disconoscere il debito, anche
se già confermato in appello (*Ex p. Lenox*, 16 Q. B. D. 315), sebbene tale
valutazione sia relativa al solo fallimento ed il debito resti sempre dovuto
al di fuori della *bankruptcy*.

(21) Le corti in generale accordano al debitore dilazioni alcune volte
notevoli prima che sia emanato il *receiving order* (DONOVAN REPORT, *cit.*, p. 173;
RINGWOOD, *op. cit.*, p. 38; WILLIAMS, *op. cit.*, p. 67 con ivi, abbondante
giurisprudenza), per poter dar tempo al debitore di ricorrere al credito e risolvere, se possibile, prima dell'inizio dei procedimenti, la sua situazione.

Già in altro lavoro feci un paragone tra il *receiving order* e la nostra amministrazione controllata; ad esso pertanto rimando: G. ROSSI, *Equivoci*, *cit.*, p. 205, nota 127.

(22) L'*Official Receiver* (l'ufficiale sequestratario) che conduce questa
fase del procedimento, nonostante sia alle dipendenze dirette della Corte [s.
70 (1)], di cui anzi è un «*officer*» (cfr. HORRIDGE J., in *Re Ash* (1913) 110 L.
T. 48), è infatti un funzionario del *Board of Trade*, da cui riceve le direttive (s.
73). I suoi compiti si limitano al procedimento cautelare, terminato il quale,
egli scompare per lasciare posto al *trustee*. Deve investigare la condotta del
debitore, che per tutta la durata del procedimento è a sua disposizione (B.
R. 311); deve conservare ed amministrare i beni del debitore (s. 74), al quale
scopo può farsi aiutare da uno *special manager* (amministratore speciale) (s.
10), competente in materia, da lui stesso scelto e come lui dipendente dal *Board of Trade*.

Dovrà poi dirigere l'accertamento dell'insolvenza esaminando i bilanci
e sforzandosi di farsi un'idea chiara della situazione economica del debitore,
per riferirne alla corte ed ai creditori; preparerà — quando il debitore non
sia in grado di farlo — lo *statement of affairs*, aiutato in ciò da chiunque creda
possibile essergli utile [s. 74 (2)], condurrà l'interrogatorio del debitore (*public examination*) sulla sua condotta e sui suoi beni (s. 16).

Egli ha inoltre il compito di incanalare il procedimento cautelare verso
una soluzione finale (concordati od *adjudication*). In ordine a ciò invierà
ai creditori un riassunto della situazione del debitore (s. 3 — I *Schedule*) e li
convocherà in assemblea, sotto la sua presidenza, perchè possano decidere se
accettare o no proposte di concordato sulle quali egli darà il suo parere.

Espleterà le funzioni del *trustee* fino alla sua nomina [s. 74 (1) (g) e 53

serve sopratutto all'accertamento dell'insolvenza e che è al centro della procedura fallimentare. Due sono infatti le vie lasciate aperte al *receiving order*: una è quella della spontanea risoluzione dell'insolvenza nei concordati preventivi (*compositions*) (23), che vengono perciò a costituire sempre una via di passaggio *obbligato* prima del fallimento, e l'altra l'*adjudication*.

Il principio logico al quale la legge inglese s'ispira è questo: al momento in cui l'insolvenza si manifesta negli *acts of bankruptcy* è necessario intervenire ed iniziare la procedura fallimentare per evitare che la vita del credito possa essere danneggiata; ma, prima di procedere alla esecuzione fallimentare è necessario un provvedimento a carattere strumentale che favorisca l'accertamento dell'insolvenza e che, astenendosi per il momento dal qualificarla, lasci ad essa aperte più vie. Cosicchè nel caso che essa — per oculata decisione dell'assemblea dei creditori — possa favorevolmente risolversi nei concordati od il debitore trovi nel frattempo il modo di pagare i debiti, il provvedimento passato conserverà la sua natura strumentale e poco compromettente per

(1)] e su di lui avrà sempre un generale potere di sorveglianza anche dopo l'*adjudication*, a tutela di quell'interesse generale, che ha giustificato l'intervento nel fallimento della autorità amministrativa, e di cui egli è il legittimo rappresentante e funzionario.

(23) I concordati (preventivi) nel diritto inglese, contrariamente a quello americano in questo più vicino al nostro, sono una via *obbligatoria*, che i creditori devono affrontare e decidere se seguire o no, nella dinamica del processo.

Il diritto inglese ne conosce due tipi: lo *scheme of arrangement* o progetto di amichevole sistemazione e *composition* o concordato. Essi chiudono la fase preliminare e se approvati l'intero processo. La procedura per ottenere i concordati può essere divisa in due fasi: la prima concernente l'accordo tra debitore e creditori e la seconda l'omologazione della corte (*approval of court*). L'approvazione da parte dei creditori della proposta avviene nella prima assemblea generale (*meeting of creditors*) con doppia maggioranza di voti: semplice maggioranza riguardo al numero dei votanti, e qualificata (3/4) riguardo all'ammontare dei crediti [s. 16 (2)].

La corte poi, eccetto in casi in cui è per legge vincolata al rifiuto [s. 16 (9)], ha la massima discrezione sull'omologazione (*Re Burr* (1892) 2. R. B. 467 e in *Re Reed* 55 L. J. Q. B. 244).

Dopo l'omologazione il *receiving order* viene revocato e l'esecuzione del concordato viene in generale affidata ad un *trustee*.

Il concordato può essere annullato quando non sia stato effettuato il pagamento, o non può realizzarsi secondo giustizia, o l'omologazione è stata ottenuta con frode.

All'annullamento segue di necessità l'*adjudication* (*Re Flew* (1905) 1 K. B. 278). Sui concordati nel diritto inglese vedi ancora p. 162.

il debitore, che sarà completamente riabilitato; altrimenti lo si dichiarerà fallito con le conseguenze che ne derivano (24).

Lo spossessamento del debitore è graduale, ed in questo senso il procedimento s'inserisce nelle vicende dell'insolvenza. Al *receiving order* il debitore perde il controllo e l'amministrazione dei suoi beni che passa all'*Official Receiver* (25); dichiarato il fallimento, ne perderà anche la proprietà che passa al *trustee*. Le azioni esecutive dei crediti vengono comunque sospese eccezion fatta per quelle riguardanti i crediti non ammissibili al passivo.

Il *receiving order* in quanto non è provvedimento definitivo, può essere revocato a piena discrezionalità della corte nei seguenti casi: quando i debiti siano stati pagati completamente, quando la corte abbia omologato un concordato (s. 16), quando non esistevano gli estremi per l'emanazione, o quando i creditori risiedevano in Scozia od Irlanda (s. 12) (26).

Da quanto è stato fin qui detto, mi pare risulti inequivocabilmente la sostanziale divergenza esistente tra il diritto inglese e quello americano in riguardo alla prima fase del processo di *bankruptcy*. Ciò che del resto, se si tiene presente quanto ho scritto nel

(24) Vedi anche THALLER, *op. cit.*, I, p. 290.

(25) Se però le difficoltà del debitore sono solo momentanee, gli viene lasciata la gestione dei propri affari [s. 7 (1)].

(26) Si noti che anche nel diritto canadese è prevista come in quello inglese la emanazione di un *receiving order* susseguente alla *petition* (s. 21).

L'*Official Receiver* (s. 4) è controllato nel diritto canadese dal *Superintendent in Bankruptcy*, che ha compiti affini a quelli del *Board of Trade* nel diritto inglese. All'*Official Receiver* andrà fatta la proposta di *assignement* (s. 26) di tutta la proprietà del debitore a beneficio dei creditori, in modo da evitare il fallimento.

La procedura di *sequestration* conosciuta dal diritto scozzese non ha invece alcuna affinità col *receiving order* inglese, ma costituisce l'ultima fase del processo di *bankruptcy*, di cui la *insolvency* e la *notour bankruptcy* sono la logica preparazione. Dopo i rilievi già fatti sul diritto scozzese (vedi p. 27) è facile intendere come la sua procedura si distacchi completamente sia da quella inglese che da quella americana e canadese. La *sequestration* ad altro non corrisponde se non alla *adjudication in bankruptcy* degli altri diritti. La *petition* per la *sequestration* può essere inoltrata dal debitore stesso, purchè già risulti l'esistenza di uno o più creditori, i cui crediti ammontino almeno a 50 sterline, e dai creditori a condizione che il debitore sia già un *notour bankrupt* (vedi sopra p. 54); la *notour bankruptcy* non può essere tuttavia anteriore a quattro mesi dalla data della *petition* (s. 13).

La procedura poi continua con l'assemblea generale dei creditori, con la nomina del *trustee*, e sono da essa previsti i concordati e la *discharge*, non molto diversamente a questo riguardo da quanto avviene nella legge inglese.

primo capitolo, ha la sua logica e storica spiegazione, la quale, col procedere dell'indagine, renderà ancor più evidente e chiara l'originalità del diritto americano anche nei confronti di quello inglese, che, per l'istituto del fallimento, è pur stato non solo sua fonte ed origine, ma anche continuo modello di riferimento e di comparazione.

35. — Ho già detto, che la legge fallimentare americana è legge federale e che di conseguenza i procedimenti fallimentari rientrano nella competenza delle corti federali (27). Il primo problema pertanto che si deve affrontare è quello di delimitare con precisione l'ambito ed i limiti che definiscono la *materia fallimentare* come tale, i rapporti che ad essa sfuggono o che in essa si possono ricordurre, per potere con esattezza stabilire quale sia, nelle singole controversie che sorgono durante il procedimento, la corte competente: se la *state court* — che applicherà il diritto di un particolare Stato della Unione — o la *federal court* nello svolgimento della sua ordinaria applicazione del diritto federale, o la *federal court* ancora, in quanto investita di particolari poteri come corte fallimentare (*court of bankruptcy*). Il problema riveste, come è evidente, una particolare delicatezza e le complicazioni che da tale situazione sorgono, mal potevano essere risolte dai pochi articoli della legge sull'argomento. Qui più che altrove perciò, la interpretazione dottrinaria e soprattutto giuri-

(27) Il termine « corte » (*court*) è usato negli Stati Uniti e in Inghilterra per indicare qualunque grado di giurisdizione. Per non creare confusione tale termine sarà qui usato in tal senso. La distinzione principale da farsi, riguardo agli Stati Uniti, è tra le corti statali (*State Courts*) — a loro volta distinte a seconda dei vari gradi di giurisdizione — applicanti il diritto del singolo Stato dell'Unione e quelle federali (*federal Courts*), per la giurisdizione federale. Le *district Courts* sono corti federali di primo grado competenti nel distretto (*district*). Il territorio degli Stati Uniti è diviso in 84 distretti federali. La giurisdizione d'appello è affidata alle *U. S. Circuit Courts of Appeals*, mentre giudice di terzo grado è la Corte Suprema (*Supreme Court*). (Vedi A. e S. TUNC. *Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amerique*, Paris, 1954, II, p. 213 sgg., e da ultimo in argomento COLEMAN, *L'organization judiciaire des Etats-Unis d'Amerique et plus particulièrement la jurisdiction de la Court Suprème des Etats-Unis di Amerique*, in *Rev. Int. Droit Comparé*, 1954, p. 477).

La recente pubblicazione del SERENI, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, 1954, ha ormai reso accessibile anche al lettore italiano il complicato diritto processuale civile degli Stati Uniti. Frequenti riferimenti a tale opera ci solleveranno dalla spesso ardua fatica di definire in breve e chiaramente istituti a noi generalmente sconosciuti.

sprudenziale ha dovuto di necessità formulare principi di inequivoca portata diretti alla integrazione del testo legislativo, al fine di stabilire, in primo luogo, in quali casi nel processo di fallimento debba ancora venire applicata la legislazione dei singoli Stati, con conseguente competenza delle loro corti.

La s. 1 [10] del *Bankruptcy Act*, « crea » tutte le *discrict courts* degli Stati Uniti *courts of bankruptcy*, attribuendo loro competenza in materia fallimentare e conferendo loro *jurisdiction in law and equity* per l'esercizio delle loro funzioni nei procedimenti previsti dalla legge fallimentare. Da tale dispositivo, coordinato con la s. 2 [b] (28), risulta che le *bankruptcy courts* godono di tutti i poteri necessari all'applicazione della legge fallimentare, ed entro tali limiti potranno anzi agire anche come *courts of equity*, con tutte le conseguenze che sono legate e derivano dall'applicazione del principi dell'*equity* (29).

Si tenga tuttavia presente che le *bankruptcy courts* non sono *courts of equity* in senso stretto e il fatto che i principi cui esse si ispirano siano a volte informati all'*equity* è frutto della tradizione storica, in quanto in Inghilterra le corti applicanti la legge scritta (*statutory courts*), restavano sempre sotto il controllo del *Lord Chancellor* (30).

Il termine *jurisdiction* viene comunque nel diritto americano usato in una accezione molto più ampia di quella del nostro corrispondente termine « giurisdizione » e comprende in generale anche la competenza, almeno quella per materia e per valore, dal momento che la competenza territoriale si chiama più propriamente *venue*.

La *jurisdiction* ordinaria tanto delle corti statali quanto di

(28) s. 2 (b): « *Nothing in this section contained shall be construed to deprive a court of bankruptcy of any power it would possess were certain specific powers not herein enumerated* ».

(29) Su cui vedi SERENI, *L'Equity negli Stati Uniti*, in *Riv. trim dir. e pr. civ.*, 19[illegible]2, 311, 1112.

(30) Cfr GLENN, *Liquidation*, *cit.*, p. 807. La maggior parte delle decisioni qualificano tuttavia le *bankruptcy courts* come *equity courts* senza indagare oltre. Vedi sopratutto *Local Loan Co.* v. *Hunt*, 292 U. S. 234, 240, 54 S. Ct. 695, 697 (1934); *Continental Illinois National Bank & Trust Co.* v. *Chicago R. I. & P. Ry.*, 294 U. S. 648, 675, 55 S. Ct. 595, 605 (1935); *Pepper* v. *Litton*, 308 U. S. 295, 304, 60 S. Ct. 238, 244 (1939); *S. E. C.* v. *U. S. Realty & Improvement Co.*, 310 U. S. 434, 455; 60 S. Ct. 1044, 1053 (1940); *American United Mut. Life Ins. Co.* v. *City of Avon Park*, 311 U. S. 138, 145, 61 S. Ct. 157, 161 (1940).

quelle federali è detta *plenary jurisdiction*, in contrapposto a quella sommaria (*summary jurisdiction*) propria delle corti fallimentari, secondo la quale viene condotto il processo di *bankruptcy*, che riveste a tale riguardo il carattere di specialità. Il problema sta appunto nell'indicare quando un procedimento rientri nella *plenary jurisdiction* di una corte statale, quando invece nella *plenary jurisdiction* della corte federale e quando ancora nella *summary jurisdiction* della stessa corte federale, che sieda come corte fallimentare. L'importanza dello stabilire criteri univoci è data dal fatto che svariate sono le questioni che debbono essere risolte nel corso del processo di fallimento — ad esempio in riguardo all'accertamento del passivo — ed ogni volta il caso diverso può richiedere una diversa competenza (31). La corte ha infatti completa *jurisdiction* sul patrimonio del fallito, ma non su tutti i procedimenti, di cui esso può costituire l'oggetto.

Le principali caratteristiche che differenziano la *summary* dalla *plenary jurisdiction* riguardano soprattutto le formalità attinenti alla procedura in generale, alla domanda, alle notificazioni, alle udienze, alle testimonianze, ecc...., condotte molto più sbrigativamente e con minor richiesta di forme nella *summary jurisdiction* (32).

Di regola tutti i vari procedimenti fallimentari saranno condotti con procedimento sommario, perchè possa essere accelerato il corso del processo, altrimenti assai lento e complicato. Altre volte tuttavia un procedimento rientrerà nella competenza di una *state court*, che si troverà a dover interpretare occasionalmente la legge fallimentare, ed altre volte ancora sarà competente la stessa corte federale, la quale purtuttavia, in ragione della materia trattata o della particolare posizione del terzo, dovrà condurre il procedimento seguendo le forme normali (*plenary suit*), previste a garanzia dei terzi, che potrebbero essere pregiudicati qualora il giudice del fallimento avocasse a sè indiscriminatamente tutte le controversie. Non esiste cioè nel diritto americano — come

(31) Spetta infatti alle leggi dei singoli Stati stabilire la validità o meno dei rapporti obbligatori e dei diritti reali che siano venuti in contestazione nel fallimento. E la loro *jurisdiction* in tal caso è garantita e protetta: *Texas Co et al.* v. *Hauptman*, 91 F. 2d 449 (C. C. A. 9th, 1937).

In argomento vedi da ultimo Mac LACHLAN, *Protection and Collection of Property of Bankrupt Estates*, 39 Minn. L. Rev. (1955) 626.

(32) Vedi *Central Republic Bank and Trust Co.* v. *Cadwell*, 58 F. 2d 721 (C. C. A. 8th, 1932).

meglio vedremo in seguito — alcuna *vis atractiva* della corte fallimentare, nella cui competenza anzi si rispecchiano i vari conflitti tra il diritto federale e quello dei singoli Stati dell'Unione.

Le ss. 2 [a (7)] e 23 (a) (b), di piuttosto difficile interpretazione, indicano quando esistono gli estremi perchè i vari procedimenti riguardanti i conflitti che sorgono durante lo svolgimento del processo fallimentare possano essere condotti sommariamente; ciò che avviene in quattro casi:

a) Quando il diritto del terzo, da far valere contro il sequestratario od il *trustee*, sia soltanto «*colourable*», non possa cioè essere fatto valere in buona fede in un procedimento normale; che se invece la pretesa è fondata, verranno seguite le norme generali riguardanti la competenza (*arg. ex* s. 23 a).

b) Quando il terzo abbia acconsentito alla *summary jurisdiction*, non sollevando eccezioni [s. 2 a (7)] (33).

c) Nei casi previsti dalle ss. 60, 67 e 70 riguardanti la revoca degli atti in frode ai creditori, la dottrina della *preference* ed i poteri del *trustee* (s. 23 b).

d) Qualora i beni, che formano l'oggetto della controversia siano in possesso della corte (*in possession of the court*); nel qual caso anche se il diritto del terzo è fondato, la controversia verrà risolta attraverso il procedimento sommario (34). Viene considerato in possesso della corte fallimentare (35) tutto ciò che apparteneva al fallito ed era in suo possesso al momento della domanda di fallimento (36). A tale proposito viene ora considerato come «in possesso» del fallito ogni bene che sia attualmente posseduto da un suo avente causa per un *assignement for the benefit of*

(33) Quest'ultima precisazione fu introdotta dall'emendamento legislativo del 7 luglio 1952, P. L. 456, 82d Cong., 2d sess. § 2 (b), per abrogare la regola stabilita dalla fondamentale decisione in materia *Cline* v. *Kaplan*, 323 U. S. 97, 65 S. Ct. 155, 89 L. Ed. 97 (1944), dove si negò l'esistenza del consenso per la semplice comparizione alle udienze di *summary proceeding*, senza che venissero sollevate eccezioni.

(34) Cfr. *Logan* v. *Haymes*, 11 F. 2d 369 (C. C. A. 8th, 1926) e vedi anche il commento «*Jurisdiction of Referees in Plenary Actions*», 42 Yale L. J. (1932) 262.

(35) Sull'argomento in generale vedi HUNT, *Possession as a Test of Bankruptcy Proceedings*, 39 Com. L. J. (1934) 248; *Taubel Scott-Kitzmiller Co., Inc.*, v. *Fox*, 264 U. S. 426, 44 S. Ct. 396, (1924).

(36) *In Re Times Square Auto Supply Co., Inc.*, 47 F. 2d 210 (C. C. A. 2d., 1931) *cert. denied*, 283 U. S. 856, 51 S. Ct. 649 (1931).

creditors (37). E naturalmente si ritengono in possesso della corte i beni che siano in possesso o del *trustee* o del *receiver* (38).

Le ragioni che inducono le corti americane ad insistere, laddove è possibile, sul procedimento sommario, sono dovute alla preoccupazione di evitare possibili frodi, oltre che di conservare il patrimonio del fallito sotto il loro diretto controllo ed evitare ad un tempo la dispersione dei procedimenti.

La corte ha un mezzo proprio nel procedimento sommario per fare rientrare nel possesso del *trustee* (che è poi quello della corte) i beni del fallito, e cioè il *turn-over order*, che è il provvedimento col quale essa ingiunge al fallito od al terzo, che sia in possesso dei beni, di passarli al *trustee*, con sanzioni penali previste in caso di inadempimento. Il *turn-over order* è l'elemento essenziale del procedimento sommario di fallimento, alla cui celerità notevolmente contribuisce. L'esercizio del procedimento sommario attraverso il *turn-over order* è giustificato dalla teoria che la corte ha l'esclusiva custodia dei beni del fallito e che, per la s. 23, i *plenary proceedings* sono necessari soltanto nei casi in cui il terzo abbia un diritto sui beni del debitore, che non sia soltanto *colourable*.

36. — La competenza territoriale (39) è stabilita secondo questo principio: è territorialmente competente la corte federale, nel cui distretto (*district*) il debitore abbia avuto la sede principale degli affari (*principal place of businness*), la residenza o la dimora per il periodo di tempo più lungo nei sei mesi antecedenti. Nel caso si tratti di straniero, sarà competente la corte nel cui distretto egli abbia dei beni.

I criteri operano alternativamente ed in genere non sorgono problemi di rilievo, se non per quanto riguarda la sede principale degli affari delle società (40). Qualora comunque in base ai detti

(37) Cfr. la s. 2a (21), che ha modificato *Taylor* v. *Sternberg*, 393 U. S. 470, 55 S. Ct. 260 (1935). Vedi anche *Gross* v. *Irving Trust Co.* 289 U. S. 342, 53 S. Ct. 605 (1933).

(38) *Stuart* v. *Boulware*, 133 U. S. 78, 81, 10 S. Ct. 242.

(39) La s. 2 (a1) parla di «*territorial jurisdiction*», ma meglio è parlare con la maggioranza delle decisioni di «*venue*» che é appunto il termine col quale nel diritto americano si indica la competenza territoriale. Mentre la *jurisdiction* è inderogabile, la *venue* non lo è, e può essere derogata secondo la volontà delle parti.

(40) Vedi in *Re American & British Mfg. Corporation*, 300 F. 839 (D. Conn., 1924).

criteri più domande di fallimento vengano inoltrate presso più giudici competenti, la s. 32 dà il potere al giudice di trasferire e consolidare le varie domande presso la corte più conveniente per l'interesse delle parti. Il criterio della convenienza per il trasferimento della competenza non è evidentemente univoco e dipende dal giudizio discrezionale del magistrato nei singoli casi.

La s. 2 [20] conferisce infine a tutte le *courts of bankruptcy* competenza ancillare (*ancillary jurisdiction*), che attribuisce loro la facoltà di decidere incidentalmente su controversie riguardanti i beni del fallito che si trovino nel loro distretto, prima di trasferirli alla corte competente. Tale attività, ausiliaria a quella della corte competente, è stata precisata dal *Chandler Act* e può consistere nella conservazione e trasformazione dei beni del fallito ed anche nella conseguente distribuzione del ricavato se esistano dei creditori che fanno valere diritti di garanzia reale o di prelazione riconosciuti validi (41). L'*ancillary jurisdiction* è evidentemente stata concessa per facilitare, agevolare e sveltire la procedura fallimentare ed evitare un inutile accumularsi di controversie presso l'unica corte fallimentare, quando altre corti con minor difficoltà, possano più propriamente deciderle. Per quanto riguarda il giudizio d'appello, questo si svolge nei modi normali (s. 24) presso le corti d'appello degli Stati Uniti, che sono competenti a giudicare di ogni procedimento fallimentare sommario e di ogni altra controversia che sorga durante il processo.

Studiata la competenza delle corti fallimentari (42), passe-

(41) Prima del *Chandler Act* tali poteri non erano riconosciuti alla *ancillary court*; cfr. *Butler* v. *Ellis*, 45 F. 2d 951 (C. C. A. 4th, 1930).

(42) Di diversa portata è il problema della competenza nel diritto inglese, se non altro non complicato dall'esistenza della giurisdizione federale. Le corti competenti in materia fallimentare sono la *High Court* e tutte le *Country Courts* cui non sia stata espressamente negata la competenza dal *Lord Chancellor*. Dal 1921, come già abbiamo visto (p. 17) la competenza è passata dalla *King's Bench Division* alla *Chancery Division*.

Anche nel diritto inglese la residenza o la sede principale dei propri affari del debitore nel periodo più lungo dei sei mesi antecedenti la *petition*, sarà criterio determinante della competenza territoriale; in caso di residenza o sede principale degli affari nel distretto di Londra o in caso di stranieri o di impossibilità da parte del creditore di accertare la residenza del debitore, sarà competente la *High Court* (s. 98) o altrimenti la corrispondente *Country Court*. La competenza generale delle *Country Courts* e della *High Court* sono identiche [ss. 103 e 105 (1)]: esse possono cioè risolvere ogni questione di fatto o di diritto riguardante le parti ed anche i terzi, che possa sorgere durante il processo di fallimento e che la corte ritenga doversi decidere ai fini «*of doing*

remo ora a trattare degli organi particolari di tale corte per poi compiutamente esaminare le diverse attività nel corso del processo.

37. — Gli organi preposti al fallimento ed ai quali è affidata la responsabilità dell'amministrazione fallimentare sono quattro e precisamente il giudice del distretto federale, il *referee* (magistrato con funzioni ausiliarie nei confronti del giudice), il *receiver* (o sequestratario) ed il *trustee* (organo corrispondente, nei limiti che specificherò in seguito, al curatore nel diritto fallimentare italiano).

Del *receiver* ci siamo già in parte occupati e del *trustee*, per ragioni sistematiche, ci occuperemo diffusamente in seguito. Ma è ora d'uopo far parola del *judge* e del *referee;* che sono poi gli organi che costituiscono la « corte fallimentare » e che in sostanza esplicano le facoltà che ad essa sono state attribuite dalla legge.

Il giudice (*judge*) della *district court* competente, ha nei procedimenti fallimentari, dalla riforma portata dal *Chandler Act* (43), una funzione di controllo sull'operato del *referee*, i cui provvedimenti (decreti) sono davanti a lui reclamabili da chiunque vi abbia interesse (*petition for review*, s. 39 c). Per questa ragione il *judge* resta pur sempre l'organo supremo del fallimento, sotto il cui controllo e direzione sono poste le attività fallimentari, ed in tal senso il suo potere è quanto mai libero ed ampio. Il *judge* conserva poi un controllo anche immediato su tutta la procedura di riorganizzazione delle società (*Ch. X* della legge e s. 77) nonchè sul *Ch. IX* della legge. È inoltre il *judge* che emette la dichiarazione di fallimento in caso di *voluntary petition* e che può condannare per *contempt of court*, cioè infliggere sanzioni penali a chi non esegua le disposizioni della corte.

Ma il vero organo direttivo del fallimento è il *referee ;* ed ogni

complete justice or making a complete distribution of property », ma ogni questione di diritto può essere dalla *Country Court* trasferita alla *High Court* come *special case*, su richiesta di almeno una delle parti o del giudice [s. 103 (3)]. Un ulteriore cenno va qui fatto in riguardo ai rapporti tra la corte ed il *Board of Trade*, la cui attività — si ricordi — è soltanto ausiliare e di consulenza ; e sarà *liberamente* valutata dal giudice stesso. Sarà la corte a provvedere a che i provvedimenti del *Board of Trade* vengano eseguiti (s. 105 (5)), sì che la distinzione tra la fase amministrativa e quella giudiziale del processo fallimentare inglese si riconduce ad una unità sostanziale sotto il controllo, veramente sovrano, del giudice.

(43) WEINSTEIN, *The Bankruptcy Law of 1938*, New York, 1938 p. 46.

qualvolta nella legge appaia la parola « *court* », con essa si deve anche intendere il *referee* [s. 1 (9)]. I suoi provvedimenti hanno la stessa forza ed effetto di quelli della corte, ancorchè siano reclamabili davanti al giudice. Il *referee* viene investito del procedimento con decreto (*order*) del giudice. L'investitura che avviene in genere in ogni fallimento, può avere carettere generale ed allora il *referee* sarà l'organo competente a decidere di tutte le controversie ed a compiere tutti quegli atti che possono essere compiuti dalla corte [s. 2 (15) ; s. 38], ivi compresa la concessione della *discharge*, che prima del *Chandler Act* poteva però essere concessa esclusivamente dal *judge*.

Altre poche volte invece, l'investitura del *referee* ha un carattere di specialità e la sua competenza in tal caso è esclusivamente limitata alle questioni indicate dal giudice, che sarà perciò competente per tutte le altre.

I procedimenti davanti al *referee* sono sempre sommari, in quanto la sua funzione è limitata alla procedura fallimentare, che, già ho avvertito, è appunto sempre sommaria (*summary jurisdiction*). Lo scopo della creazione dei *referees* è stato quello di affiancare al giudice federale un organo esperto in materia fallimentare, che, meglio dello stesso giudice fosse preparato ad affrontare le complicate questioni economiche e finanziarie che il fallimento comporta.

Le sue funzioni ed i suoi doveri sono elencati dalle ss. 38 e 39 della legge ed investono tutto l'andamento del processo. Tra i principali è quello di preparare gli inventari, di procedere alle varie notificazioni, alla formazione dello stato passivo, alla distribuzione dei dividendi.

I *referees* sono nominati dal giudice per un periodo di sei anni, e possono essere poi riconfermati. Coll'entrata in vigore del *Chandler Act*, si stabilì che i *referees* devono essere membri della *Bar Association* (44) del distretto in cui vengono nominati. Il loro lavoro è permanente e la loro retribuzione è fissata dal *Referees' Salary Act* del 1946, che ha dato alla categoria una crescente sicurezza e stabilità d'ufficio. Ogni fallimento contribuisce col 3 % della somma di liquidazione al fondo per il pagamento dei *referees*, amministrato negli uffici del *Judicial Administrator*, in *Washington*, D. C. Ciò costituisce una notevole eccezione nel si-

(44) La *Bar Association* è una associazione, cui sono iscritti tutti coloro che esercitano la professione forense.

stema americano, dove come regola l'amministrazione della giustizia non viene pagata dalle parti e gli eventuali pagamenti riguardano solo le spese vive del processo. La giustificazione dell'eccezione per quanto riguarda i *referees* è dovuta al fatto che, data anche la loro speciale preparazione tecnica, si è pensato di provvedere al loro compenso con un fondo che viene costituito da coloro che maggiormente sono interessati alla loro opera.

Essi costituiscono in altre parole una categoria del personale dell'amministrazione giudiziaria, con funzioni ben precise e qualificate, e la cui organizzazione è disciplinata da leggi speciali. Potremmo in sostanza concludere, che pur in modo diverso, il *referee* assolve anche parte delle funzioni che abbiamo visto nel diritto inglese essere assolte dallo *Official Receiver* (45). In sostanza ci troviamo di fronte alla stessa esigenza, di avere cioè personale preparato e qualificato all'amministrazione del fallimento, risolta tuttavia in modi diversi dai due diritti, vale a dire con la partecipazione alla procedura da parte della autorità amministrativa nel diritto inglese, e con la particolare qualificazione di quella giudiziaria nel diritto americano.

38. — Qualora esistano i presupposti, in precedenza esaminati, il processo di esecuzione concorsuale viene aperto con la sentenza dichiarativa di fallimento, emanata dal *referee* (s. 38), eccetto in casi di *voluntary petition*, nei quali viene emanata dal *judge*.

Se invece le prove dell'esistenza dei presupposti mancano, la corte emetterà pur sempre una sentenza [*adjudication* (*Form* 10)], con la quale rigetterà la *petition*.

Dal momento comunque in cui è emanata la dichiarazione di

(45) Maggiore corrispondenza si ha comunque tra le funzioni del *referee* e quelle del *register* nel diritto inglese. Questi è però emanazione della Corte («*deputy of the judge*» l'ha definito Horridge, J., in *Re Ash* (1913) 110 L. T. 48) ed ogni suo provvedimento sarà considerato come provvedimento della corte stessa [s. 102 (1)], ma egli potrà emanare soltanto provvedimenti in *chambers*, i quali hanno carattere sommario e necessitano di un minor numero di formalità di quelli in *open court*, ma non coprono tuttavia — com'è il caso dei *summary proceedings* nel diritto americano — l'intero campo del processo fallimentare, essendovi escluse tutte le procedure di qualche importanza, quali quelle concernenti la *discharge*, l'omologazione dei concordati ed altre ancora specificate dalla R. 16. L'attività del *register* si svolge tuttavia non poche volte anche in *open court* (R. 7).

Sostanzialmente la posizione del *register* è molto meno indipendente ed autonoma di quella del *referee*.

fallimento si iniziano tutte quelle attività e seguono tutti quei provvedimenti necessari al raggiungimento degli scopi del fallimento e la procedura, ormai sommariamente condotta, è sotto il controllo del *referee*, anche se i suoi provvedimenti sono poi reclamabili davanti al giudice.

Non prima dei dieci giorni e non dopo i trenta dalla dichiarazione di fallimento, il *referee* deve convocare la prima assemblea dei creditori (*meeting of creditors*). È in questa assemblea che tra l'altro i creditori devono eleggere il *trustee*.

La necessità delle votazioni rende improrogabile un primo accertamento dei crediti, anche al solo scopo di concedere il voto nell'assemblea. Tale accertamento vien fatto dal *referee* che ammette od esclude i crediti insinuati prima o durante l'assemblea stessa, in relazione alle prove fornite. L'ammissione può essere anche con riserva e solo al fine del voto, com'è nel caso di crediti condizionali.

La stessa prima assemblea dei creditori può costituire un comitato dei creditori (*creditors' committee*) composto da non meno di tre creditori. Tale comitato oltre ad essere un organo consultivo permanente della corte e del curatore ha poteri inquisitori nei riguardi dell'attività del *trustee*. Il comitato dei creditori, che viene costituito di norma in caso di procedura di concordati e riorganizzazione delle società, ben difficilmente lo è in caso di procedimenti di semplice *bankruptcy*.

Alla prima assemblea dei creditori avviene anche l'interrogatorio pubblico del debitore (*public examination*) riguardo alle *schedules* e allo *statement of affaires*, di cui ho già fatto parola [s. 7 a (10)]. Questo esame pubblico non va confuso con gli altri interrogatori, che, per la s. 21 (a), la corte può richiedere in ogni momento del processo ad ogni persona, compreso lo stesso fallito. In questi ultimi interrogatori non intervengono i creditori ed essi in generale non concernono l'intero esame della situazione del fallito ma limitate questioni che si cercano via via di chiarire.

Presiede e conduce di regola l'interrogatorio il *referee* (s. 55 b), sebbene la pratica vari poi da corte a corte e spetti molte volte al legale (*councel*) del *trustee* di condurre l'interrogatorio. È in tale momento che viene esaminato l'intero stato economico del debitore, che si ricercano quegli aspetti essenziali della sua condotta, che giocheranno un ruolo importante nella concessione o meno della *discharge*, e che si potranno eventualmente scoprire

elementi di fatto atti a negare l'ammissione di crediti già insinuati (46).

(46) Diversa è evidentemente la funzione che ha la prima assemblea dei creditori nel diritto inglese. Essa infatti ha luogo dopo il *receiving order* e prima della *adjudication*, in quanto la legge lascia ai creditori la facoltà di scegliere la via che essi ritengono più opportuna al soddisfacimento dei loro interessi: concordati (di cui essi verranno edotti dall'*Official Receiver* se il debitore abbia inteso proporne) o fallimento (s. 1, *First Schedule*). Toccherà all'*Official Receiver* stesso di presiedere l'assemblea, nella quale le votazioni potranno avvenire per procura (s. 15, *First Schedule*). È prevista anche nel diritto inglese l'elezione di un comitato (*Committee of Inspection*), con funzioni simili a quelle che tale organo ha nel diritto americano.

L'assemblea viene convocata dall'*Official Receiver* entro quindici giorni dal *receiving order* ed esattamente quando l'*Official Receiver* abbia già potuto, seppur l'istruttoria sia ancora all'inizio, rendersi in parte conto della situazione del debitore, come risulta dallo *statement of affaires*, che deve essere depositato entro sette giorni dal *receiving order* (R. 189), e dall'interrogatorio del debitore.

CAPITOLO IV

EFFETTI DEL FALLIMENTO

Sez. I. — *Effetti patrimoniali del fallimento.* — 39. L'espropriazione del fallito. — 40. La natura giuridica del *trustee.* — 41. La *discharge* come conseguenza dell'espropriazione. — 42. La nomina del *trustee* e le sue funzioni. — 43. La retroattività del fallimento nel diritto inglese e in quello americano. — 44. L'oggetto dell'esecuzione fallimentare e la dottrina inglese della *reputed ownership.* — 45. Composizione della massa attiva e titolo del *trustee.* — 46. Al *trustee* passa anche la legittimazione processuale limitatamente ai rapporti compresi nel fallimento. — 47. La disciplina dei beni sopravvenuti. — 48. Beni non compresi nel fallimento: le *exemptions.* — 49. Disciplina degli *executory contracts.* — 50. Effetti del fallimento rispetto ai creditori. — Sez. II. — *Gli atti pregiudizievoli ai creditori e il recupero della « property ».* — 51. Il problema della ricostruzione del patrimonio del fallito e la retrodatazione del fallimento. — 52. Gli atti in frode ai creditori nella *common law.* — 53. L'accoglimento dei principi di *common law* nella legge fallimentare. — 54. La dottrina della *preference.* Suoi fondamenti logici e storici. — 55. La *preference* e la s. 60 della legge fallimentare. — 56. La impugnabilità dei *liens by legal proceedings* da parte del *trustee.* — 57. Poteri accordati al *trustee* in via subordinata. — 58. La *strong-arm provision.* — Sez. III. — *Effetti del fallimento sulla persona del fallito e la « discharge ».* — 59. L'incriminazione del fallito per « offesa contro la dignità della corte » (*comtempt of court*). — 60. La *discharge*, istituto tipico dei diritti di *common law.* Suo fondamento logico e storico. — 61. La *discharge* come diritto del fallito. — 62. La procedura per ottenere la *discharge* e suoi effetti.

39. — Il primo effetto patrimoniale della dichiarazione di fallimento è di far passare il patrimonio del fallito sotto il diretto controllo della corte fallimentare (*possession of the court*). La sua importanza è stata già accennata quando s'è parlato del procedimento sommario, il quale è possibile solo in quanto il patrimonio del fallito (*property*) (1) sia per l'appunto *in posses-*

(1) Il termine *property* ha nella *common law* una vasta accezione, che difficilmente può essere resa con esattezza nel nostro linguaggio giuridico. Quando se ne parla tuttavia, in materia fallimentare, si intende quel complesso di rapporti, facenti capo ad un subietto, che noi qualifichiamo come

sion della corte. L'esercizio del controllo della corte è effettuato sia attraverso l'amministrazione del sequestratario (*receiver*), qualora sia stato nominato, sia attraverso quella del *trustee*, appena che sia stato eletto dall'assemblea generale dei creditori. È con la nomina del *trustee*, che comunque inizia ad avere i suoi normali effetti la dichiarazione di fallimento, ed è in tale momento che si effettua, sia nel diritto inglese (2) che in quello americano (3), un fenomeno di rilevanza notevole, e per le conseguenze pratiche che ne derivano e per la completamente diversa impostazione che al riguardo hanno i sistemi europei continentali. Mentre infatti nei paesi *civil law* (4) lo spossessamento a carico del fallito, fa passare al curatore fallimentare esclusivamente l'amministrazione e la disponibilità dei beni del fallito, che ne rimane pur sempre il proprietario, nella *common law* il *trustee*, che è l'organo corrispondente al nostro curatore, diviene anche proprietario del patrimonio del fallito, seppure le sue facoltà siano limitate dalla destinazione che tali beni hanno nel fallimento, e cioè dalla necessità di soddisfare i creditori secondo il principio della *par condicio*. La peculiarità del sistema di *common law* ha comunque una sua logica e storica spiegazione.

Negli statuti italiani, il fallimento certamente non toglieva al decotto la proprietà dei suoi beni, ma semplicemente l'amministrazione e la disponibilità (5), che passava al *curator bonorum*,

patrimonio (vedi infatti la definizione datane, dalla s. 167 della legge fallimentare inglese).

(2) Cfr. s. 53 (2): « *On the appointment of a trustee, the property shall forthwith pass and vest in the trustee appointed* ».

(3) Cfr. s. 70 (a): « *The trustee... shall... be vested by operation of law with the title of the bankrupt* » e ancora 70 (g): « *The title to property of a bankrupt estate which has been sold,... shall be conveyed to the purchaser by the trustee* ».

(4) Per *civil law* si intendono in contrapposto a *common law* — quei sistemi di diritto dove impera la legge scritta. Tra di essi l'unico paese dove il fallito perdeva anche la proprietà dei suoi beni era l'Argentina, dove però — contrariamente al diritto di *common law* — la proprietà non passava al curatore, ma direttamente ai creditori; cfr. art. 1643 del codice di commercio argentino: « *La declaracion de la insolvencia de la masa importa la trasmision de la proprietad de los bienes del fallito en favor de sus acreedores* ». Ma il principio è stato modificato dall'art. 104 della attuale legge fallimentare (cfr. Nicolas di Lella, *Liquidacion sin quiebra*, Buenos Aires, 1948, p. 164.).

(5) Si veda l'incisiva frase di Rocco, *Mercatorum notabilia*, VI, n. 29: « *Decoctus privatur administratione suorum bonorum, quae judici intelligitur collata* ». Cfr. anche Fliniaux, *La faillite des Ammanati de Pistoie et le Saint-Siège*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 1924, p. 462.

quando questi sorse appunto come rappresentante dei creditori al tempo della *missio in possessionem* (6). Dal *curator bonorum* è nata la nostra figura del curatore, con le caratteristiche che sono poi diventate comuni agli altri sistemi di *civil law*.

Il principio che la dichiarazione di fallimento debba operare anche un trasferimento di proprietà e cioè una vera e propria espropriazione, s'è fatto risalire da alcuni autori al Casaregis (7). Se già l'attribuzione mi pare quanto mai incerta (8), resta peraltro indiscutibile che tale sistema seguito ora dai paesi di *common law*, ha avuto in essi autonoma ed indipendente origine storica. L'istituto del fallimento infatti, passato dal diritto statutario italiano a quello inglese — come abbiamo più volte ripetuto — subì modifiche fin dall'inizio specialmente nel suo aspetto processuale, cioè laddove già esisteva nel diritto inglese una salda e precisa tradizione giuridica; ed è particolarmente in quel campo che la *bankruptcy* si sviluppò con notevole autonomia.

Fu fin dalla legge del 1570 (9) e con maggior minuziosa precisione in quella del 1825 (10) che venne istituito nel diritto inglese un particolare organo fallimentare, quello dei *commissioners*, creati dal *Lord Chancellor*, e da questi dotati di piena giurisdizione riguardo all'amministrazione del fallimento (11). La legge previde anche l'istituzione di una corte speciale, la *Court*

(6) Rocco, *Il fallimento*, *cit.*, p. 197, 209; Rathgeb, *Le concordat par abandon d'actif*, Lausanne, 1932, p. 285.

(7) Percerou, *op. cit.*, I, n. 92; Rathgeb, *op. cit.*, p. 288.

(8) Cita infatti il Percerou una frase del Casaregis, « *Decocti actiones et jura ipso jure transeunt in creditores, in vim cessionis legalis* ». (Disc. 53, n. 16). Ma al n. 16 del *Disc.* 53 non solo tale frase non appare, ma si parla di tutt'altra cosa; soltanto al n. 13 della stesso *Disc.* 53 si parla con parole diverse del passaggio dell'azione ai creditori, ma con esclusivo riguardo alle lettere di cambio. Nè ho potuto reperire altrove tale espressione. Dice il *Disc.* 53 n. 13: « *His ergo praemissis concludendum est in casu nostro, quod acceptans condemnari debeat ad solvendam valutam literarum Deputatis Titii Liburnensis, eo quia actio de constituta pecunia, ut supra visum est, acquisita fuit dicto decocto & in ipso radicata in actu acceptationis literarum, & in statu habili ad eam acquirendam quae deinde actio post decoctionem ipso jure translata fuit in eius creditores aut in eorum deputatos eo plane modo, quo fuit radicata in dicto Titio ante ipsius decoctionem* ».

(9) s. 2 della legge 13 Eliz., c. 7.

(10) s. 12 della legge 6 Geo. 4, c. 16.

(11) Eden, *op. cit.*, p. 79, sosteneva che più che di vera e propria *jurisdiction*, i *Commissioners* si dovevano ritenere dotati di una *authority*. È chiaro comunque che essi avevano le funzioni dell'attuale *court of bankruptcy*.

of commissioners of bankrupt per lo svolgimento più proprio della loro autorità. La stessa legge, alla s. 63, stabilì anche che i *commissioners* trasferissero (e si trattava di vero e proprio trasferimento) i beni del fallito ad *assignees* (assegnatari), che avendone la proprietà provvedessero sotto il loro controllo a realizzarli e liquidarli tra i creditori in concorso. Se dunque i *commissioners* sono il precedente storico della *court of bankruptcy*, gli *assignees* sono il precedente storico del moderno *trustee*.

La famosa legge del 1869 (12), portò radicali modifiche a tutta la procedura. Venne con essa infatti innovata l'organizzazione giudiziaria con l'introduzione delle *County Courts* e della *London Court*, come corti fallimentari (13); e coi *commissioners* scomparvero anche gli *assignees*, ai quali venne sostituito l'attuale *trustee in bankruptcy*. Le corti continuarono però a ribadire che nulla era cambiato e che il *trustee* aveva in sostanza la stessa posizione già tenuta dall'*assignee* (14).

Ma ancor prima della legge inglese del 1869, le leggi americane parlavano di *trustee*, sebbene la *bankruptcy* fosse già anteriormente — e cioè fin dal 1800 — disciplinata e per di più secondo il modello della legislazione inglese.

40. — Sorge allora il problema di determinare la natura giuridica del *trustee*. Ci si domanda se il *trustee in bankruptcy* sia un vero e proprio *trustee*, ed il fallimento vada di conseguenza concepito come un *trust* (15) in senso tecnico con le relative conseguenze, o se invece vada inteso come un semplice *assignee* cui impropriamente spetta il nome di *trustee*.

Il problema, che mi pare presenti per il giurista continentale un notevole interesse, non ne ha tuttavia suscitato alcuno nella dottrina inglese e americana; ne è la prova il fatto che l'unico autore che si sia occupato della natura giuridica del *trustee* è stato il DEL MARMOL (16), cioè un autore continentale. La ragione va,

(12) 32 & 33 Vict., c. 71.

(13) HOLDSWORTH, *op. cit.*, I, p. 144.

(14) *In Re Leadbitter* (1878), 10 Ch. D. 388 (C. A.); *In Re Jones and Everett* (1904), 2 Ch. 363.

(15) Sul *trust*, vedi sopra Cap. I, nota 119. Cui aggiungi sui modi con cui la *civil law* guarda al *trust*, l'interessante nota: «*Common Law Trust in Civil Law Courts*», 67 Harv. L. Rev. (1954) 1030. L'istituto è ormai troppo noto da noi, perchè se ne rendano necessarie ulteriori spiegazioni.

(16) DEL MARMOL, *op. cit.*, p., 166 sgg.

a mio avviso, ricercata nella differenza di sensibilità giuridica che esiste tra gli studiosi continentali e in genere di *civil law* e quelli di *common law*, questi ultimi più intenti alla soluzione del caso pratico che alla elaborazione di principi generali di dogmatica giuridica. La tesi del DEL MARMOL è comunque che si tratti in sostanza di un *assignee*; non di un *trustee* in senso tecnico, perchè le corti anche dopo il 1869 sostennero non esservi alcuna differenza tra il *trustee* e gli *assignees*, ed in secondo luogo perchè il *trustee* non possiede il patrimonio fallimentare in *trust* a beneficio esclusivo del fallito, dal momento che non deve rendergli conto che della somma rimasta nell'attivo, dopo il soddisfacimento dei creditori.

Ma, prescindendo dal secondo punto che mi risulta oscuro, a meno che non sia frutto dell'equivoco di ritenere il fallito beneficiario del *trust*, mentre all'evidenza lo sono i creditori ed il fallito per l'appunto lo è solo per l'eventuale sopravanzo, mi sembra esistano altre ragioni per una conclusione diversa. In effetti è da notare che la giurisprudenza già considerava gli *assignees* come *trustees* e ad essi applicava sovente norme più rigide di quelle usuali (17).

Quid poi del diritto americano, che conobbe la figura del *trustee* prima dello stesso diritto inglese?

La soluzione del problema credo vada ricercata altrove e precisamente in un più attento esame dell'istituto del *trust*. Non si è rilevato sufficientemente a questo proposito, che esiste un istituto giuridico *trust* e che esiste una categoria giuridica *trust*. L'istituto giuridico ha una sua tipicità ed un suo contenuto tecnico limitato e definito; mentre assai più ampia è la categoria giuridica che si può desumere dalla normativa. È così ad esempio che un *assignee* cui sia stata trasferita una cosa con destinazione vincolata, potrà a mio avviso, essere qualificato come *trustee*, qualora ci si riferisca però alla categoria giuridica del *trust* e non al *trust* in senso tecnico quale indicato e definito dalla legge (18). E ritengo

(17) *Ex parte Bennet*, 10 Ves. 380; cfr. anche GODEFROI, *On the Law of Trust and Trustees* (by Halsbury), London, 1927, p. 292.

(18) Vedi per la tesi che un «*general assignee*» sia in sostanza un *trustee*, ma senza la precisazione da me fatta nel testo, anche GLENN, *Liquidation*, *cit.*, p. 232. Per una giustificazione teorica di costruzioni come quella prospettata nel campo del diritto comparato ed anzi in tema particolare di *trust*, vedi ASCARELLI, *Studi di diritto comparato in tema di interpretazione*, Milano, 1952, p. XLIX.

che questa sia in fondo la ragione per cui è sorto il *trustee in bankruptcy*, dove la specificazione *in bankruptcy* dimostra l'assunto che qui *trustee* non va interpretato in senso tecnico. Fatte queste premesse, mi pare si possa allora anche aggiungere che nel fallimento ci troviamo di fronte ad un *trustee* in quanto si ha la individuazione di un patrimonio, che viene trasferito ad un soggetto, *trustee*, il quale fiduciariamente ne realizza la destinazione voluta dalla legge (liquidazione tra i creditori in concorso). L'idea della separarazione completa del titolare (fallito) dal suo patrimonio, del quale la legge determina la destinazione, ha dato origine del resto anche in Italia ad una particolare teoria del fallimento come persona giuridica, su quasi eguali presupposti teorici (19). Nè sotto tale profilo la teoria della personalità giuridica ed il *trust* di *common law*, mi sembrano di molto difformi!

Ma nessun autore di *common law* ha mai affermato che il fallimento sia un caso di *trust* (20); nè ciò importa ai fini pratici, perchè le norme sulla *bankruptcy* sono già molto minuziose, pur restando vero che ripetutamente le corti americane le hanno integrate con i principi di *equity* e che sempre esse hanno sostenuto che i doveri del *trustee* devono essere considerati come quelli di un fiduciario, con le conseguenze del caso.

È chiaro infine — ma nei limiti sopra posti, tenendo presente l'origine storica dell'istituto — che se si voglia ritenere che il fallimento è un caso di *trust* (nel senso che abbiamo indicato), l'espropriazione del fallito, rientrerebbe perfettamente nello schema dell'istituto, dove il *settlor*, come è noto, trasferisce la proprietà della *res*, oggetto del *trust*, al *trustee* ed a favore dei beneficiari (*cestui que trustent*) (21).

(19) È la famosa teoria di BONELLI, *op. cit.*, p. 380 sgg. Si tratta poi dello stesso concetto di *patrimoin d'affectation*, col quale il LEPAULLE, ha voluto definire il *trust* (*Traité théorique et pratique des trusts*, Paris, 1932). Lo spossessamento fallimentare viene invece ricondotto dalla maggioranza della dottrina nel diritto alla generica garanzia che i creditori hanno sul patrimonio del debitore, secondo la ben nota teoria dello *Beschlagsrecht*, magistralmente difesa dal KOHLER (*Lehrbuch*, *cit.*, p. 98 sgg.; *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, Stuttgart, 1903, p. 72 sgg; *Das Beschlagsrecht*, *Archiv für zivilistische Praxis*, 1893, Bd. 81, p. 329).

(20) L'unico infatti che l'abbia accennato è stato il LEPAULLE, *op. cit.*, p. 13.

(21) Resterebbe poi ancora da stabilire quale sia la natura del diritto dei beneficiari sulla *res*, se diritto di natura reale, come vogliono la maggior parte degli autori (vedili citati in FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*,

41. — Il sistema seguito dai diritti di *common law*, di togliere al fallito anche la proprietà dei suoi beni ha comunque prodotto conseguenze ulteriori e peculiari. Logicamente alla destinazione del patrimonio, ormai separato dal suo titolare, provvederà l'amministrazione del fallimento; col che il fallito verrà isolato dal suo patrimonio e potrà dalla legge essere considerato come *homo novus*, cioè libero dal carico di responsabilità che ancora lo legherebbero al fallimento se il patrimonio non fosse stato da lui definitivamente distinto e distaccato.

È da queste premesse che potrà sorgere e giustificarsi l'istituto della *discharge* con la conseguente liberazione del fallito da ogni responsabilità per i crediti ammessi al passivo; e la *discharge* potrà essere ottenuta in ogni momento della procedura. Nè risulterà essa ancora incomprensibile come lo è al DEL MARMOL (22), che per spiegarla ricorre a giustificazioni esclusivamente metagiuridiche, quale quella che dopotutto il fallito è « *à priori un homme dont la societé est en droit de retirer un profit* ». La ragione sta invece in sostanza nella capacità del fallimento di procedere *motu proprio* alla soluzione dell'insolvenza, e nella conseguente inutilità di tener legato alla sua sorte chi ormai non ne è più responsabile. Il fallito conserva pertanto solo un interesse generale alla liquidazione del suo patrimonio, in quanto egli rimane pur sempre il soggetto passivo della esecuzione collettiva; ed un interesse reale, in quanto gli spetta ciò che avanza dalla liquidazione dopo il soddisfacimento dei creditori. Tale sopravanzo infatti esorbita dai limiti della destinazione impressa dalla legge alla massa. E soltanto la condotta precedente al fallimento, decisiva

Padova, 1935, p. 28 sgg., che pure segue tale teoria) o di natura obbligatoria nei confronti del *trustee*, obbligato verso i beneficiari a realizzare gli scopi previsti dalla costituzione del *trust* (cfr. MAITLAND, *Equity*, Cambridge, 1947, p. 43 sgg.; HALSBURY, *Laws of England* (by Lichtwood), XIII 2 (1934) p. 110 sgg.; ed anche ARMINJON, NOLDE, WOLFF, *op. cit.*, p. 66. Si veda anche THESIGER, L. J., in *Hallett's Estate*, 13 Ch. D. 723, che considerò un *trust*, nel quale i beni non erano sottoposti a precisa destinazione, come un semplice rapporto debitore-creditore). In America due famosi giuristi si proclamarono a favore uno di una teoria e uno dell'altra; SCOTT, *The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust*, 17 Col. L. Rev. (1917) 269 (per il diritto reale); STONE, *The Nature of the Rights of the Cestui Que Trust*, 17 Col. L. Rev. (1917) 467. La questione di notevole importanza ed interesse, esorbita però i limiti della nostra ricerca.

(22) *op. cit.*, p. 395.

ai fini della responsabilità, potrà semmai giustificare la continuata inseparabilità del fallito dalle sorti del fallimento.

Questo è il principio logico cui i diritti di *common law* si ispirano.

42. — Una delle attività più importanti della prima assemblea generale dei creditori è la elezione del *trustee in bankruptcy* (cui farò riferimento, come è d'uso, semplicemente come *trustee*).

La legge americana alla s. 44 (a) indica che il *trustee* eletto è uno solo, benchè a volte i *trustees* eletti possano essere tre. La scelta del *trustee* è fatta normalmente dai creditori e l'elezione deve avvenire a doppia maggioranza dei creditori ammessi alla votazione, cioè maggioranza in numero e valore. Naturalmente sono ammessi al voto solo i creditori chirografari, e quelli garantiti solo qualora rinuncino alla loro garanzia; ed è necessario inoltre tener presente che dal *Chandler Act* del 1938, i creditori di $ 50 o meno non vengono computati nel numero dei creditori ma lo vengono solo in riferimento al valore [s. 56 (c)]. Sono esclusi dal voto i parenti del fallito, gli amministratori e gli azionisti di una società fallita, e i creditori che abbiano crediti annullabili secondo la legge fallimentare.

Se nessun candidato riceve la maggioranza dei voti, il *trustee* verrà nominato dal *referee*, il quale in generale segue la volontà dei creditori, ma non sempre (23).

(23) Nel diritto inglese il controllo amministrativo si fa sentire anche nella nomina del *trustee*, eletto a maggioranza semplice in valore dei creditori votanti; in effetti la nomina del *trustee* deve essere approvata dal *Board of Trade*, che può anche rifiutare l'approvazione qualora la nomina sia stata compiuta irregolarmente e con mala fede dei creditori votanti o qualora la persona nominata non abbia prestato la garanzia richiesta o non sia adatta a tale ufficio. L'approvazione del *Board of Trade* avviene mediante rilascio di un certificato di nomina a *trustee in bankruptcy*. I creditori possono ricorrere contro il rifiuto d'approvazione del *Board of Trade* davanti alla *High Court*, che deciderà in merito.

Se poi entro quattro settimane dall'*adjudication* i creditori non hanno ancora nominato un *trustee*, il *Board of Trade* ne nominerà direttamente uno [s. 19 (6)].

Come si vede l'autorità amministrativa nel diritto inglese non solo controlla direttamente la prima fase della *bankruptcy*, che si inizia con il *receiving order* e termina con l'*adjudication*, ma anche il resto della procedura che è affidata al *trustee*. Egli infatti è sempre sotto il controllo diretto del *Board of Trade*, che non solo può interrogarlo su ogni questione concernente il fallimento, ma può rimuoverlo anche dall'ufficio, con decisione impugnabile

L'amministrazione del *trustee* è sotto il diretto controllo della corte, che lo libererà delle sue responsabilità, qualora risulti che l'amministrazione è stata compiutamente portata a termine e la procedura di liquidazione conclusa [s. 2 (6)]. Verrà allora anche fissata dalla corte la sua retribuzione ai sensi della s. 48, e con lui verranno liquidati anche gli eventuali *attorneys* che abbiano prestato la loro opera nell'amministrazione del fallimento.

Gli obblighi ed i poteri attribuiti al *trustee* saranno esaminati nel corso dell'indagine, a proposito delle singole sue attività, che poi sono al centro di questa seconda parte della procedura di fallimento. Fin d'ora tuttavia va ricordato che il primo e preminente dovere del *trustee* è quello di costituire la massa attiva e di procedere alla liquidazione. Gli altri, specificati dalla s. 47 della legge, sono a questo complementari e subordinati. Teoricamente, considerando che tale primo dovere, riflette lo scopo essenziale della procedura fallimentare e la ragione esclusiva per la quale il *trustee* viene eletto, ne deriva che la liquidazione dovrebbe iniziare evidentemente solo quando l'organo ha già incominciato a svolgere le sue attività. Alcune volte però le corti autorizzano il *receiver*, qualora ve ne sia uno, a procedere immediatamente alla liquidazione, specialmente quando ragioni di ordine pratico consigliano un'azione immediata, com'è nel caso che si possa approfittare di una particolare contingenza di mercato, o si possano evitare ulteriori inutili spese causate dal ritardo, come può avvenire nei contratti di locazione e d'assicurazione (24).

presso la *High Court*, qualora non assolva ai suoi compiti o non possa — per varie ragioni — recare alcun vantaggio ai creditori. Il controllo è poi esteso anche alle procedure di realizzazione del patrimonio e di liquidazione (s. 89).

Nè va dimenticato che il *trustee*, che è un *officer* della *court*, è sotto il controllo non solo della stessa corte ma anche del comitato dei creditori, della cui autorizzazione egli deve a volte premunirsi per compiere determinati atti (s. 56).

La retribuzione del *trustee* nel diritto inglese è fissata dall'assemblea dei creditori o dal *Committee of Inspection*, in percentuale sull'ammontare realizzato.

(24) I poteri del *trustee* sono in generale molto più controllati nel diritto inglese che in quello americano. Come *officer* della corte, il diritto inglese gli impone obblighi di astratta onestà, in quanto « *the court of bankruptcy ought to be as honest as other people* ». Tale principio si suole far risalire alla decisione *Ex parte James* (L. R. 9 Ch. 609) estesa poi ulteriormente da *Re Thelluson* [2 K. B. 735 (1919)], dove si decise che anche qualora il *trustee* abbia diritto di trattenere una somma di denaro ricevuta, deve restituirla, quando le cir-

43. — La s. 70 (a) della legge dichiara che il *trustee* succede al fallito nella titolarietà del suo patrimonio, per assoggettarlo alla esecuzione collettiva. Dal momento però che parte dei beni che appartengono al patrimonio del fallito, quando questi incomincia ad essere insolvente e la minaccia agli interessi dei creditori è pertanto già attuale, possono essere usciti dal patrimonio stesso, la prima funzione del *trustee* sarà quella di recuperare tali beni, attraverso le azioni che egli potrà esperire in virtù della legge fallimentare. Per individuare quali recuperi siano possibili e quali no, e passare poi ad indicare i mezzi che sono a disposizione del *trustee* è dunque necessario chiarire il primo luogo la composizione del patrimonio fallimentare ed il momento al quale essa va riferita; al proposito è essenziale stabilire con esattezza il momento in cui il *trustee* riceve la proprietà dei beni del fallito, e cioè il momento da cui il fallimento incomincia realmente a produrre i suoi effetti. Da allora tutti gli atti compiuti dal fallito sul suo patrimonio non saranno efficaci, ritenendosi già iniziata la nuova procedura, che provvede a realizzare e liquidare il patrimonio stesso nei modi indicati dalla legge.

La legge fallimentare inglese fa retroagire gli effetti del fallimento ad un periodo anteriore alla sua dichiarazione e precisamente al momento in cui è stato compiuto l'*act of bankruptcy*: tale retrodatazione del fallimento viene chiamata *relation back*. Lo scopo è di evitare che il fallito approfitti del periodo anteriore alla dichiarazione di fallimento e quando ha tuttavia già manifestato la sua insolvenza attraverso un *act of bankruptcy*, per liquidare come meglio crede il suo patrimonio, la cui destinazione è invece preveduta e regolata dalla legge (25). Fin dalla prima decisione che applicò la teoria della *relation back* (26) il titolo del *trustee* fu fatto retroagire al momento del compimento dell'*act of bankruptcy*.

costanze siano tali che ogni onest'uomo si sentirebbe in dovere di restituire quanto è stato pagato. La più recente giurisprudenza s'è mostrata tuttavia meno favorevole all'applicazione di tale principio o quanto meno più cauta (cfr. CLAUSON, J., *Re Sandiford* (n. 2) (1935) 1 Ch. 691: « *While familiar in Bankruptcy Court, it is principle to be applied with greatest caution* »). Il principio era già stato rigettato in *Re Wigzele* (1921) 2 K. B. 835 Vedi anche *Scranton's Trustee* v. *Pearce* (1922) 2 Ch. 87). Il principio è completamente sconosciuto al diritto americano.

(25) Gli effetti della *relation back* sono stati magistralmente indicati da Lord ESHER in *Re Politt* (1893) 1 Q. B. 455: « *The result of the relation back is, that all subsequent dealings with the debtor's property must be tracted as if the bankruptcy had taken place at the moment when the act of bankruptcy was committed* ».

La retroattività degli effetti del fallimento, ben più grave nel periodo in cui fu introdotta (27), in quanto allora la domanda di fallimento poteva essere inoltrata senza limiti di tempo dal compimento dell'*act of bankruptcy*, è andata sempre più limitandosi (28) fino a che nel 1883 (29) è stata ridotta ad un massimo di tre mesi anteriormente alla domanda; infatti dopo tale periodo l'*act of bankruptcy* non è più utile (*available*) come presupposto oggettivo della domanda di fallimento. Ciò spiega perchè nel diritto inglese — come già ho detto — il compimento dell'*act of bankruptcy* fa iniziare quel periodo, che dura al massimo tre mesi, durante il quale la disponibilità del patrimonio da parte del debitore cessa di essere piena ed assoluta (30). Non si tratta evidentemente di un periodo sospetto determinato *ex post*, ma di una fissazione legislativa aprioristica della data di inizio del fallimento.

Diversa è al riguardo la posizione della legge americana, che alla s. 70 (a) dice che il *trustee* subentra negli stessi diritti che aveva il fallito solo dal momento della *petition*, dalla quale praticamente s'inizia il fallimento. Questa norma venne introdotta nel 1938 dal *Chandler Act*, mentre anteriormente, gli effetti del fallimento neppure retroagivano, ma iniziavano normalmente dal momento della dichiarazione di fallimento (31).

Gli interessi che entrano in conflitto con gli effetti causati dalla retrodatazione del fallimento sono quelli dei terzi in buona fede, non consapevoli dello stato di insolvenza. Tali interessi vengono evidentemente tutelati in modo diverso nei due diritti. Men-

(26) *Case of the Bankrupts*, 2 Co. Rep. 25 (1592).

(27) La *relation back* fu introdotta precisamente dalla legge del 1571 (13 Eliz., c. [illegible]).

(28) Già nel 1623 il limite è di cinque anni e nel 1869 è di dodici mesi.

(29) 46 & 47 Vict., c. 52.

(30) *Ponsford Baker & Co.* v. *Union of London and Smith's Bank Ltd.* (1906) 2 Ch. 444 e vedi sopra p. 60.

(31) Già la giurisprudenza però aveva iniziato da tempo ad applicare la norma attualmente in vigore: cfr. *Everett* v. *Judson* (1913), 228 U. S. 474, 33 S. Ct. 568, 569: « *We think... that the property which vests in the trustee at the time of adjudication is that which the bankrupt owned at the time of the filing of the petition* ». Si superò allora la difficoltà creata dalle parole della legge dicendo che il *trustee* veniva investito della proprietà del patrimonio del fallito, al momento della *adjudication* ma che tale patrimonio doveva tuttavia ritenersi già individuato al momento della *petition*.

tre infatti nel diritto inglese già al compimento dell'*act bankruptcy*, come abbiamo più volte notato, il debitore perde anche nei confronti dei terzi, la piena disponibilità del suo patrimonio, in quello americano è principio generale, più volte affermato (32), che solo dalla domanda di fallimento viene ad esistere un *caveat* nei confronti di tutti i terzi, e sembra perciò più logico che ad essa si faccia risalire il fallimento.

I due diversi sistemi creano di necessità norme difformi per la disciplina degli atti compiuti dal fallito anteriormente alla dichiarazione di fallimento ed in generale degli atti pregiudizievoli ai creditori. Nel diritto inglese gli atti compiuti dopo l'*act of bankruptcy*, non avranno infatti nessun effetto salva la protezione dei diritti dei terzi in buona fede (33), mentre in quello americano si dovranno stabilire norme precise per dar modo al *trustee* di impugnare gli atti compiuti dopo l'*act of bankruptcy* ma prima della domanda di fallimento e le norme al riguardo saranno — come si vedrà — di complessa e delicata interpretazione. In altre parole l'opera del *trustee* è maggiormente facilitata nel diritto inglese dalla dottrina della *relation back*.

La s. 70 (a) della legge fallimentare americana, continua però precisando che il *trustee* subentra nello stesso titolo quale era quello del fallito (*with the title of the bankrupt*): il che praticamente significa che il *trustee* deve cedere il passo a tutti quei crediti che potrebbero validamente essere fatti valere contro il fallito stesso. Purtuttavia — come del resto era logico aspettarsi — al *trustee* vengono a volte riconosciuti diritti sul patrimonio fallimentare molto più estesi di quelli che avrebbe goduto lo stesso fallito; e ciò va detto con particolare riguardo al potere di revocare gli atti pregiudizievoli ai creditori, che viene concesso al *trustee* nell'esercizio della sua funzione di recupero del patrimonio. Sono questi i poteri che in sostanza costituiscono l'essenza stessa dell'istituto del fallimento e giustificano la presenza nell'amministrazione fallimentare di un organo particolare qual'è il *trustee*. La disposizione della legge in esame non è dun-

(32) Per la prima volta il principio venne sostenuto nella famosa decisione *Muller* v. *Nugent* (1901) 184 U. S. 14.

(33) I terzi in buona fede vengono infatti protetti a norma della s. 45 della legge inglese, qualora però l'atto sia stato compiuto prima della pubblicazione del *receiving order* [come risulta dalla s. 4 del *Bankruptcy (Amendment) Act* del 1926], per una « *valuable consideration* » e senza la conoscenza dell'insolvenza del debitore. La prova è naturalmente a carico del terzo.

que certo restrittiva, ma anzi è estensiva, nel senso che con essa il legislatore ha voluto attribuire al *trustee* un ulteriore potere, a carattere derivativo, oltre a quelli che la legge fallimentare già gli attribuisce a carattere originario.

44. — Oggetto dell'esecuzione fallimentare nel diritto inglese quanto in quello americano è la *property* (patrimonio) del fallito, dovunque essa si trovi. Detto questo sembrerebbe evidente che solo i beni che al fallito appartengono possono essere assoggettati all'esecuzione; ma tale principio, che proprio per la sua evidenza non necessita di ulteriori spiegazioni, trova una notevolissima eccezione, per il diritto inglese, nella dottrina della *reputed ownership*, peraltro attualmente sconosciuta — seppur con qualche riserva — al diritto americano.

Il principio della *reputed ownership* è basato su una finzione: si considerano cioè come appartenenti al debitore, in quanto da lui posseduti, beni mobili, che viceversa sono di proprietà altrui; di conseguenza tali beni vengono inclusi nel patrimonio del fallito. Si tratta in genere di quei beni mobili sui quali i terzi vantano un diritto di proprietà; mentre il possesso del fallito è dipendente da un rapporto di natura personale, che determina nel debitore inadempiente l'obbligo della restituzione. Il caso tipico è quello della vendita con riservato dominio.

Lo scopo della disposizione, introdotta per la prima volta nel 1623 (34) è quello di impedire che si possa acquistare falso credito a danno dei terzi (35). Perciò la legge spoglia dei loro beni coloro che permettono ad altri di usarne per crearsi un falso credito, e destina i beni medesimi a beneficio di coloro che, in tale situazione, possono essere stati ingannati e che nella specie sono i creditori del fallito. Si vogliono in sostanza con tale principio garantire i creditori del fallito da alterazioni della consistenza di diritti reali rimaste occulte o comunque non assoggettate al principio della pubblicità. La norma è purtuttavia non solo eccessivamente drastica, bensì contrastante con il più semplice e fondamentale principio del diritto, secondo il quale ognuno è responsabile delle sue obbligazioni e deve soddisfarle con i propri mezzi, e non già con quelli degli altri. Per questa ragione il principio della *reputed ownership* va interpretato restrittivamente,

(34) 21 Jac I, c. 19, s. 11.

(35) JAMES, L. J., in *Ex p. Wingfield*, 10 Ch. D. 591 (1879).

e la sua applicazione si giustifica solo in quanto siano rigorosamente riscontrabili nella fattispecie le condizioni contemplate dalla legge (36).

La clausola della *reputed ownership* ebbe fugace apparizione nella prima legge fallimentare americana del 1800 (37), e subito scomparsa, venne tuttavia poi applicata raramente da qualche decisione, come principio di *equity* (38). Siccome la legge fallimentare americana è però legge federale e le norme regolanti la pubblicità e i diritti di garanzia sono diverse nei singoli Stati, tale clausola evidentemente non poteva essere accolta. Nella determinazione

(36) BRETT, M. R. *Ex p. Reynolds*, 15 Q. B. D. 169, 191 (1885). Le condizioni richieste dalla legge perchè sia applicabile il principio della *reputed ownership* sono tre:

a) La prima è che al momento del compimento dell'*act of bankruptcy* i beni siano in possesso del fallito ed a sua disposizione per il loro uso nell'esercizio del commercio (« *in his trade or business* ») (*Lamb* v. *Wright & Co.* (1924) 1 K. B. 857);

b) La seconda è che le circostanze siano tali da far credere ai terzi che il fallito sia il vero proprietario dei beni [*Ex p. Watkins*, L. R. 8 Ch. 520 (1873); *Colonial Bank* v. *Whinney* 30 Ch. D. 274 (1886)]. Si terrà conto al proposito anche degli usi commerciali, che devono comunque essere generali e non comuni solo ai commercianti di un particolare mercato (*Re Goetz, Jones & Co.* (1898) 1 Q. B. 787).

Va qui infine notato che l'uso della vendita a rate (*hire purchase system*), di sempre maggiore diffusione, va rendendo sempre più difficilmente riscontrabile in pratica la possibilità di presunzione della appartenenza dei beni a chi semplicemente li possiede. In tal senso s'è pronunciato anche il legislatore (s. 20 dell'*Hire Purchase Act*, 1938, 1-2 Geo. 6, c. 28), mentre contraria è ancora parte della giurisprudenza (*Re Fox*, Ch. 407, 1948);

c) La terza condizione necessaria è che il proprietario abbia acconsentito a che il fallito possedesse i suoi beni e a che si potesse creare a suo favore una presunzione di proprietà. Al qual proposito non è necessario che il proprietario acconsenta alla formazione a vantaggio del fallito di un credito non corrispondente alla sua reale situazione economica, ma è sufficiente che egli acconsenta ad un tale stato di cose che potrebbe fargli riconoscere facilmente il sorgere ed il permanere della *reputed ownership* nel fallito (*Re Watson & Co.* (1904) 2 K. B. 753).

Sulla *reputed ownership* vedi oltre alle citate opere di ECKSTEIN, p. 151 sgg. e Del MARMOL, p. 168 sgg., la bella monografia di H. RUDOLPH, *Reputed Ownership*, Leipzig, 1932 ed alcuni riferimenti particolari con interessanti spunti di diritto comparato in BIGIAVI, *L'imprenditore occulto*, Padova, 1954, p. 137 sgg.

(37) 2 Stat. 19, s. 27.

(38) *Frelinghysen* v. *Nugent*, 36 F. 229, 237 (C. C. D. N. J., 1888); *Harkness* v. *Russel*, 118 U. S. 663, 7 S. Ct. 51 (1886).

della *property* bisognerà pertanto far ricorso alle leggi dei singoli Stati riguardanti appunto la repressione di tali occulte costituzioni di diritti reali e di garanzia (*secret security devises*) (39) — *chattel mortgages*, *conditional sales*, *trust receipts*, ecc... — di cui dovremo perciò occuparci diffusamente in seguito. È questo — come già ho detto — uno dei limiti della legge federale.

45. — Salvo le eccezioni che vedremo in seguito, passano pertanto al *trustee* ai sensi della s. 70 (a) non solo i beni appartenenti al fallito al momento della domanda di fallimento, dovunque essi si trovino, ma anche i documenti (*documents*) (40), che li riguardano [(s. 70 a1)]. Tutti i libri, registri ed altri documenti concernenti le attività del fallito, vengono dunque trasferiti al *trustee*, con conseguenza probabile che riguardo ad essi il fallito non potrà più valersi, in eventuali processi penali, del privilegio concesso ad ogni cittadino di rifiutare di produrre prove che potrebbero incriminarlo.

Il n. 4 della stessa s. 70 (a) specifica inoltre che passano al *trustee* tutti i beni che siano stati trasferiti dal fallito, in frode ai creditori. Questa disposizione, lineare nel suo enunciato, ha un'importanza molto limitata e sembra quasi inutile se si tiene presente che esistono le ss. 67 (d) e 70 (e) — di cui ci occuperemo presto — le quali espressamente conferiscono al *trustee* il potere di impugnare tali atti in frode ai creditori. Sui beni trasferiti poi poco importa al *trustee* di avere lo stesso titolo che su di essi aveva il fallito, quando venne inoltrata la domanda di fallimento, dal momento che il fallito dopo il trasferimento, non conserva alcun titolo sui beni medesimi.

Naturalmente coi beni del fallito si trasferiscono al *trustee* anche i poteri, inerenti alla loro amministrazione, che il fallito avrebbe potuto esercitare a suo vantaggio [s. 70 (a 3)]. Questa norma ha un'applicazione molto vasta e si estende dal potere di adempiere un'obbligazione a quello di impugnare le delibere assembleari della società di cui il fallito è azionista (41).

(39) Cfr. RIESENFELD, *The Evolution of Modern Bankruptcy Law-A Comparison of the Recent Bankruptcy Acts of Italy and the United States*, 31 Minn. L. Rev. (1947) 401, 424.

(40) « *Document* — specifica la s. 1 (16) — *shall include any book, deed, record, paper or instrument in writing* ».

(41) Una lunga serie di decisioni su questa disposizione riguarda particolarmente i contratti d'assicurazione a proposito dei quali si veda la s. 70

E passa al *trustee* anche l'esercizio dei diritti concernenti privative industriali, marchi di fabbrica e diritti d'autore. L'esercizio tempestivo di diritti riguardanti questa materia può apportare notevoli benefici al patrimonio fallimentare, e perciò qualora il *trustee* nei trenta giorni successivi alla sua elezione non li eserciti la corte può di nuovo trasferirli al fallito — su sua domanda — unitamente alla legittimazione processuale relativa.

46. — Oltre alla perdita della proprietà dei suoi beni, com'è naturale, il fallito perde anche la legittimazione processuale limitatamente ai rapporti patrimoniali compresi nel fallimento. L'agire ed il contraddire nel processo presuppone infatti l'esercizio libero dei diritti che si vogliono fare valere, ma tali diritti, come abbiamo visto, sono stati trasferiti dal fallito al *trustee*, cui passerà perciò anche la relativa legittimazione processuale [s. 70 (a) (6)].

Il fallito rimane però processualmente capace per le azioni derivanti da fatto illecito (*tort*) che abbia causato danno alla sua persona, [(s. 70 (a) (5)], per le quali le corti americane seguono il principio che i creditori non possono avere alcun diritto di soddisfarsi sul risarcimento di danni inflitti personalmente al fallito. Quando il danno sia stato causato al patrimonio del fallito, la legittimazione processuale passerà naturalmente al *trustee* (42). La regola è che comunque la legittimazione processuale per tutte le azioni da *tort* passa al *trustee*, qualora, secondo la legge del singolo Stato dell'Unione, su tale diritto all'azione i creditori

(a 5), che dispone che se il fallito ha una polizza d'assicurazione con dividendi a lui pagabili, egli può, entro trenta giorni dal momento in cui tali dividendi siano stati accertati, pagare l'ammontare di tali dividendi al *trustee* e trattenere la polizza libera da qualunque pretesa dei creditori, altrimenti, la polizza stessa passerà nella massa attiva. Nella maggioranza degli Stati dell'Unione tuttavia, le polizze d'assicurazione fanno parte delle *exemptions*, e cioè di quei beni su cui i creditori non possono far valere i loro diritti.

Se il beneficiario dell'assicurazione a favore di terzi poteva poi essere sostituito col fallito stesso, tale sostituzione sarà fatta valere dal *trustee*, in esercizio del potere conferitogli dalla s. 70 (a 3), a vantaggio del patrimonio fallimentare.

(42) Contradditorie sono le decisioni delle corti americane quando l'illecito causa danno alla persona ed al patrimonio del fallito ad un tempo.

Sull'argomento si vedano le note « *Rights of Action for Injury to the Property of a Bankrupt* », 24 Harv. L. Rev. (1911) 396; 20 Minn. L. Rev. (1936) 814.

possano far valere le loro pretese mediante esecuzioni individuali (*attachement* o *garnishment*) (43).

47. — Col passaggio della proprietà del patrimonio del fallito al *trustee*, dal momento dell'inoltro della domanda di fallimento, si opera quella profonda separazione tra il fallito ed il fallimento, che sarà tra l'altro la più logica giustificazione dell'istituto della *discharge*.

Tale separazione dovrebbe causare una netta indipendenza tra ciò che è avvenuto prima e ciò che avviene dopo la domanda di fallimento, con conseguenza che essendo la massa fallimentare ormai individuata e soggetta alla liquidazione voluta dalla legge, i beni sopravvenuti al fallito, dopo che sia iniziato il fallimento, non dovrebbero più ritenersi come appartenenti alla massa attiva. È questo tra l'altro un principio seguito anche da alcuni ordinamenti che pur conoscono lo spossessamento e non l'espropriazione del fallito come effetto della dichiarazione di fallimento (44). Tale fu la situazione nel diritto americano fino al *Chandler Act* del 1938. La s. 70 [(a) (7) e (8)] prevede ora però alcuni casi in cui i beni sopravvenuti dopo la domanda di fallimento vengono compresi nella massa e formano oggetto della esecuzione fallimentare. Non tutti i beni che il fallito riesce a procurarsi faranno dunque parte della massa, ma solo quelli che egli acquista entro sei mesi dalla domanda di fallimento attraverso negozi giuridici, per il verificarsi di elementi accidentali, cui l'efficacia dei negozi stessi era stata subordinata (45). L'eccezione è stata

(43) Vedi *Sape* v. *Delgado*, 146 F. 2d 714 (C. C. A., 2d, 1945).

Nel diritto americano il diritto all'azione facente capo al debitore passa ai creditori esecutanti, indipendentemente da qualunque esercizio di azioni surrogatorie.

(44) È il caso del diritto fallimentare tedesco, tanto lodato a questo proposito dal THALLER (*op. cit.*, I, p. 342 sgg.) ed aspramente criticato, dal punto di vista pratico e teorico, dal BONELLI, (*op. cit.*, I, p. 387 n. 216 nota 6).

A noi qui interessa solo rilevare come tale principio sia perfettamente logico nel diritto americano e corrisponda in sostanza alle premesse dell'istituto.

(45) Dice infatti la s. 70 (a 7), che passano al *trustee* i: « *contingent remainders, executory devises and limitations, rights of entry for condition broken, rights or possibilities of reverter, and like interests in real property which were nonassignable prior to bankruptcy and which, within six months thereafter, become assignable interests or estates* ».

introdotta per riparare all'inconveniente creato dalla pratica adusata che il debitore avvalendosi della aspettativa di beni futuri — particolarmente derivanti dalle sostituzioni nei rapporti successori — acquistasse credito e al momento dell'avvicinarsi della condizione richiedesse il suo fallimento e ricevesse poi i beni in questione senza doverli far rientrare nella massa. A tale riguardo ancor più specificamente provvede la s. 70 [(a) (8)], trasferendo al *trustee* anche tutti i beni che, nei sei mesi seguenti la domanda del fallimento, il fallito riceva come legatario od erede (*by bequest, devise or inheritance*). La ragione di questa disposizione deve ritenersi la stessa che ha indotto il legislatore a dettare la norma della s. 70 [(a) (7)].

E ancora, secondo lo stesso principio, verranno a far parte della massa quei beni, sui quali al momento della *petition* il fallito ha un diritto di quota, qualora tale diritto diventi poi sull'intero — ad esempio a causa della morte di terzi titolari dell'altra quota — entro sei mesi dalla data dell'inoltro della domanda di fallimento.

Come si vede il diritto americano — diverso anche a questo riguardo da quello inglese (46) — non accoglie il principio che i beni sopravvenuti al fallito dopo il fallimento vadano acqui-

(46) Per quanto riguarda il diritto inglese infatti, oltre alla *reputed ownership*, di cui già ho fatto parola, la *property* che costituisce la massa fallimentare attiva comprende anche i beni che sopravvengono al fallito prima che egli ottenga la *discharge*. È questo il principio dell'*after-acquired property*. Il diritto inglese evidentemente parte dal presupposto che solo al momento della *discharge* si opera la completa separazione tra fallito e fallimento, che giustifica — come ho detto nel testo — l'abbandono della dottrina dell'*after-acquired property*. La giurisprudenza (vedi per tutti *Cohen* v. *Mitchell*, 25 Q. B. D. 262) e le varie leggi fallimentari [dall'*Act* del 1731 (5 Geo. 2, c. 30) fino all'art. 47 (1) dell'attuale legge], hanno costantemente ritenuto che tali beni rimanessero di proprietà del fallito, fintantocchè il *trustee* non li avesse reclamati. Furono perciò sempre fatti salvi i diritti dei terzi acquirenti in buona fede ed a titolo oneroso (*Troughton* v. *Gitley*, Amb. 629), che avessero acquistato beni facenti parte dell'*after-acquired property*, prima dell'intervento del *trustee*. Recentemente però un'importante decisione (*In Re Pascoe* (1944) Ch. 219), contro una norma plurisecolare, ha ritenuto che la proprietà di tali beni passa direttamente al *trustee* al momento in cui vengono acquistati dal fallito. Ulteriori tentativi di estensione di questo principio non hanno però avuto fortuna [vedi *Re Samuel* (n. 2) (1945) Ch. 408].

Dopo la nuova rivoluzionaria decisione, l'art. 47 (1) della legge fallimentare vigente dovrà peraltro essere soggetto a riforma in futuri emendamenti legislativi.

siti alla massa, ma segue l'opposto principio con eccezioni che sono perloppiù state dettate per evitare abusi ai danni dei creditori.

48. — Non tutti i beni del fallito, passano tuttavia al *trustee*. La legge americana infatti esclude dalla massa, le *exemptions*, cioè quei beni che non possono andar soggetti ad esecuzione secondo la legge federale o del singolo Stato dell'Unione [ss. 6 ; 47 (a) (6)] ; su di essi il *trustee* non ha titolo (s. 70 a). La legge del singolo Stato che si applica è quella dello Stato dove il fallito ha avuto il domicilio nei sei mesi precedenti la *petition* o per il periodo di tempo più lungo di tali sei mesi, in relazione al suo domicilio in altri Stati. Sarebbe inutile tracciare qui la differenza tra le leggi dei vari Stati ; basterà dire che oltre naturalmente al salario del fallito entro i limiti di quel che è necessario al suo mantenimento ed a quello della famiglia, ed ai beni che il fallito abbia in *trust* (47), sono in generale esclusi i beni dichiarati *homestead* (48) e i diritti derivanti da contratti d'assicurazione (49).

Spetta al *trustee* determinare quali beni non siano compresi nel fallimento, con conseguenza che questi beni dovranno in un primo tempo essere comunque consegnati dal fallito al *trustee* con tutti gli altri (50). Il *trustee*, [s. 47a (6)] ne riferirà alla corte, che li escluderà dalla massa attiva. Essi dovranno peraltro venir reclamati dal fallito, che può tuttavia anche far rinuncia (*waiver*) del privilegio alla *exemption* a favore di un singolo creditore, anche prima del fallimento. Tale rinuncia andrà esclusivamente a vantaggio del creditore designato e dovrà

(47) Cfr. Collier, *On Bankruptcy*, *cit.* IV, pp. 1132-1140.

(48) Nella maggioranza degli Stati dell'Unione fanno infatti parte delle *exemptions* quei beni che costituiscono la dimora (*homestead*) del debitore. Diversa è peraltro nei vari Stati la loro valutazione e disciplina. Sull'argomento, vedi Haskins, *Homestead Exemptions*, 63 Harv. L. Rev. (1950) 1289.

(49) In buona parte degli Stati dell'Unione si tende ad escludere i contratti d'assicurazione dagli attacchi dei creditori, anche per una politica legislativa diretta a favorire le Compagnie d'Assicurazione. Cfr. Cohen, *Creditor's Rights to Insurance Proceeds*, 40 Col. L. Rev. (1940) 975 ; Idem, *Exemption of Life Insurance and the Conflict of Laws*, 90 U. of Pa. L. Rev. (1941) 33.

(50) *Chicago, Burlington & Quincy Raibroad Co.* v. *Hall*, 229 U. S. 511, 33 S. Ct. 885 (1913). Non pare che al fallito che direttamente dispone della *exempt property*, possa venir negata la *discharge* : *Chase* v. *Local Loan Co.*, 141 F. 2d 299 (C. C. A. 7th, 1944).

essere fatta valere, al di fuori della corte fallimentare, davanti allla normale corte competente (51).

Le decisioni delle corti sulle *exemptions* sono innumerevoli (52), ma per appartenere al diritto dei singoli Stati dell'Unione, non interessano direttamente questa ricerca (53).

49. — Rimane ancora da chiarire il problema riguardante la disciplina dei così detti rapporti giuridici preesistenti, ed in particolare degli *executory contracts*, cioè dei contratti che siano già perfezionati, ma non ancora esauriti, in quanto in via d'esecuzione.

La disciplina di tali rapporti è disposta a dirimere il conflitto che risulta tra i creditori del fallito ed il *trustee* che, si ricordi, — per la s. 70 (a) — non possiede titolo migliore di quello dello stesso fallito, salvo nei casi espressamente previsti. Da ciò deriva in linea generale che il fallimento, nonostante la sostituzione del *trustee* al fallito, non costituisce di per sè risoluzione del contratto, che continua a produrre i suoi effetti normali, con l'unica conseguenza che al creditore dell'*executory contract* rimane solamente il diritto di insinuarsi al passivo, e di essere pagato poi, come gli altri creditori, in moneta fallimentare.

Ma la s. 70 (b) conferisce al *trustee* il potere particolare di assumere o disconoscere, entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, l'*executory contract*, a seconda che questo sia vantaggioso o no per la massa. Se entro tale termine il contratto non è accettato, si considererà disconociuto (54).

(51) *Lockwood* v. *Exchange Bank*, 190 U. S. 294, 23 S. Ct. 751 (1903).

(52) Cfr. COLLIER, *op. cit.*, I, §§ 603-624.

(53) Il diritto inglese non conosce le *exemptions* del diritto americano; pur tuttavia non vengono compresi nella massa, secondo la legge inglese:

a) i beni che il fallito abbia in *trust*;

b) i beni usati nel commercio del fallito e quelli necessari al mantenimento suo e della famiglia purchè non eccedano i venti *pounds* [s. 38 (2)];

c) i «*personal earning*» cioè lo stipendio del fallito nei limiti di ciò che occorre al mantenimento suo e della famiglia [*Re Rogers* (1894) 1 Q. B. 425]. Questi beni sono esclusi dalla «*common law of bankruptcy*» (vedi sopra p. 14).

d) l'ammontare dei danni morali o strettamente personali risarciti al fallito per *tort* (*Howard* v. *Crowther* (1841) 8 M. & V. 601; *Wilson* v. *The United Counties Bank* (1920) 1 A. C. 102).

(54) Cfr. in argomento le due decisioni: *Gazlay* v. *Williams*, 210 U. S. 41, 28 S. Ct. 687 (1908); *Young* v. *Voudomas*, 83 N. H. 270, 147 A. 896 (1928).

Nel caso di *leases* (contratti costituenti un diritto reale di godimento a tempo determinato e corrispondenti ai nostri contratti di locazione), che contengano una espressa condizione risolutiva, il *trustee* non potrà assumere il *lease*; ed allora la disciplina del rapporto riguarderà solo la posizione dei creditori nell'insinuazione al passivo. Sull'argomento ci dovremo intrattenere in seguito, dove con più ampiezza esamineremo la disciplina dell'interesse dei creditori nell'*executory contract*. Premeva qui far solamente rilevare la posizione del *trustee* al riguardo ed il potere a lui conferito dalla s. 70 (b) (55).

(55) Il conflitto tra creditori e *trustee* è variamente disciplinato nel diritto inglese. Se in ogni caso le clausole contrattuali contemplanti effetti speciali in seguito ad inadempimento, hanno anche nel fallimento piena efficacia (così in *Ex p. Newitt*, 16 Ch. D. 522, il proprietario di un fondo, dopo il fallimento del costruttore, fu ritenuto proprietario dei materiali di costruzione, come era previsto nel contratto in caso che il costruttore avesse «*failed to perform any part of his agreement*»), un particolare potere viene tuttavia riconosciuto al *trustee* [ed è quello che va sotto il nome di *disclaimer of onerous property* (s. 54 della legge inglese). Sostanzialmente è questo un potere attribuito al *trustee* di disconoscere e rifiutare beni spettanti al fallito, che siano onerati in tal guisa, da essere più vantaggioso per la massa il rinunciarvi (vedi in argomento il recente articolo di MELVILLE, *Disclaimer of Contracts in Bankruptcy*, 15 Modern L. Rev. (1952) 28). Il principio a cui tale disposizione si ispira è lo stesso di quello a cui s'ispira la s. 70 (b) del *Bankruptcy Act* americano, anche se nel diritto inglese il potere è alla evidenza di molto più ampio. Cfr. *Ex p. Walton* (1881), 17 Ch. D. 746 (C. A.)].

Ma anche il creditore è nel diritto inglese tutelato da una norma di vasta portata: la s. 54 (5) della legge, che concede ad ogni parte, epperò anche al *trustee*, il diritto di chiedere alla corte la risoluzione dell'*executory contract* ed il risarcimento dei danni, a causa dell'inadempimento dell'altra parte (*Re Castle* (1917) 2 K. B. 725).

Si dovrebbe poi qui parlare del famoso *right of stoppage in transitu*, cioè il diritto del venditore-creditore di trattenere la merce in caso di insolvenza del debitore o di riprenderne il possesso quando la merce sia già stata consegnata al vettore. Tale diritto che non viene menzionato dalla legge fallimentare, è previsto dalle ss. 36-46, 61, 62 (3) del *Sale of Goods Act* del 1893. Riconosciuto — seppur con qualche modifica — anche dall'*Uniform Sales Act* 1906 del diritto americano, fa però parte della legislazione dei singoli Stati e per tale ragione non potrà essere sempre applicato in ogni fattispecie; da qui la sua scarsa importanza ai fini della nostra indagine. Si tenga comunque presente che lo *Uniform Sales Act* dovrebbe essere modificato dallo *Uniform Commercial Code*, se approvato (Cfr. G. ROSSI, *La codificazione del diritto commerciale negli Stati Uniti*, in *Riv dir. comm.*, 1954, I, 490).

L'istituto dello *stoppage in transitu* ha formato oggetto di ricerca anche nel diritto italiano, particolarmente ad opera del BIGIAVI, *La rivendicazione*

50. — Il fallimento, come esecuzione concorsuale, mira alla soddisfazione di tutti i creditori in egual misura, togliendo al debitore dichiarato fallito la facoltà di soddisfarli nel modo che egli ritenga il più opportuno. Alla loro soddisfazione provvederà la legge che, per questo speciale tipo di esecuzione, fisserà norme diverse dalle comuni e ispirate al principio basilare dell'istituto del fallimento: la *par condicio creditorum*. Ma se il debitore è all'uopo espropriato dalla sua proprietà, è logico che, perchè possano essere realizzati gli scopi della legge, vengano trasformati anche i poteri processuali dei creditori di perseguire individualmente il debitore per la tutela dei loro interessi al di fuori del concorso.

Il primo effetto del fallimento nei riguardi dei creditori è perciò il divieto di qualsiasi azione individuale.

Come risulta dalla s. 11 della legge americana il divieto delle azioni esecutive individuali riguarda non solo l'inizio, ma anche il proseguimento di tali azioni. Il divieto di proseguire tali azioni, in quanto esse sono incompatibili con la procedura di fallimento, verrà ingiunto dalla corte fallimentare competente [s. 2 a (15)].

Ho parlato di azioni esecutive individuali, ma il riferimento della legge è molto più ampio, e si deve intendere vietata la prosecuzione di tutte le procedure dirette alla soddisfazione dei diritti dei creditori, e il divieto va perciò esteso anche ai procedimenti cautelari intrapresi dai creditori. Dal *Chandler Act* in poi (56), sono sottoposti allo stesso effetto anche gli *assignements for the benefit of creditors*. La conseguenza è che i beni che

del venditore, Padova, 1935, p. 149 sgg. e del BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, Roma, 1932, p. 366 sgg.

Lo *stoppage in transitu* fu all'origine conosciuto nell'ambito della *Law Merchant* e la sua prima applicazione nella decisione *Wiseman* v. *Vandeput* (2 Vern. 203) venne seguita poi da Lord Hardwicke e Lord Northington in *Snee* v. *Prescott* (1 Atk. 245) e *D'Aquila* v. *Lambert* (2 Eden 75, Amb. 399).

Mi pare sia da accettare riguardo a questo istituto la posizione del BIGIAVI, (*op. cit.*, p. 166 n. 2), il quale ritiene che in sostanza lo *stoppage* derivi dalla « rivendicazione » continentale. In effetti potrebbero essere estese all'istituto dello *stoppage*, le conclusioni storiche derivanti dalle ricerche compiute per la *bankruptcy* nel cap. I di questo lavoro, a proposito della *lex mercatoria* e delle consuetudini continentali.

(56) Il *Chandler Act* [s. 2a (21)] non ha fatto che riprendere la dottrina già professata dalla giurisprudenza: cfr. *Taylor* v. *Stenberg*, 293 U. S. 470, 55 S. Ct. 260 (1935); *Gross* v. *Irving Trust Co.*, 289 U. S. 342, 53 S. Ct. 605 (1933).

La legge prevede il rimborso delle spese dell'*assignee* e del *receiver*.

siano in possesso di un *assignee* (assegnatario) o di un *receiver* (sequestratario), i quali vengono considerati dalla legge come rappresentanti (*agents*) del fallito, se le varie procedure o l'*assignement* sono stati iniziati quattro mesi prima dell'inoltro della *petition*, si ritengono in *possesso della corte*, la quale potrà pertanto esercitare la *summary jurisdiction* attraverso il *turnover order*, ordinando che tali beni vengano trasferiti al *trustee* od al *receiver* fallimentare — quando sia stato nominato — e facciano parte della massa. I creditori interessati potranno in tal caso far valere i loro crediti nel fallimento.

Diverso, almeno in parte, è il trattamento dei creditori garantiti (*secured creditors*), dal momento che essi si trovano nei confronti dell'esecuzione fallimentare in una situazione particolare di prelazione, rispetto agli altri creditori, nei confronti del bene che, in virtù del vincolo che su di esso grava, costituisce per essi soli una garanzia. Entro tale limite essi perciò non concorrono nella ripartizione delle perdite con gli altri creditori: non partecipano cioè al concorso.

I creditori garantiti possono partecipare alla liquidazione fallimentare solo nel caso che rinuncino alla loro garanzia oppure soltanto nella misura dell'ammontare del credito non coperto dalla garanzia (s. 57 h).

Senonchè tutto il patrimonio del fallito dal giorno della domanda di fallimento passa al *trustee* ed è sotto il controllo della corte fallimentare. Da ciò consegue, che seppur i creditori garantiti vengano lasciati indisturbati dal fallimento e possano soddisfarsi sulla garanzia loro accordata, purtuttavia non possono iniziare il procedimento d'esecuzione dopo il giorno dell'inoltro della domanda di fallimento. Da tale momento la corte — per la retrodatazione del fallimento — è considerata l'unica custode del patrimonio del fallito ed ha perciò l'esclusivo potere di accertare la validità della garanzia ed indicare i metodi di liquidazione del bene gravato (57). È questa la dottrina espressa nella importante decisione *Straton* v. *New* (58).

(57) Cfr. *Isaacs* v. *Hobbs Tie & Timber Co.*, 282 U. S. 734, 51 S. Ct. 270 (1931) e le note: « *Power of Bankruptcy Court to Enjoin Lien Enforcement* », 80 U. of Pa. L. Rev. (1932) 412; « *Jurisdiction of Bankruptcy Court Over Foreclosure in Other Courts of Mortgages on Bankrupt's Property* », 41 Yale L. J. (1932) 445.

(58) *Straton* v. *New*, 283 U. S. 318, 51 S. Ct. 465 (1931). Cfr. anche *Emil* v. *Hanley*, 318 U. S. 515, 63 S. Ct. 687 (1943).

Se invece la garanzia è valida ed il procedimento è iniziato anteriormente alla *petition*, la corte fallimentare non avrà alcuna *jurisdiction* in merito e dovrà lasciar proseguire l'esecuzione fuori dal fallimento. L'unico potere che le è concesso al riguardo è quello di ordinare poi, con un *turnover order*, che ciò che avanza dalla realizzazione del bene gravato, dopo che sia stato soddisfatto il creditore garantito, sia versato al *trustee* (59).

La s. 68 della legge fallimentare americana ammette infine i creditori a compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che verso di lui vantano. La compensazione o l'eccezione riconvenzionale (*set-off* o *counterclaim*) è praticata in genere nei confronti delle banche (60), sebbene naturalmente sia ammessa in tutti gli altri casi possibili. La compensazione — ispirata a principi d'equità, cui è di conferma la sua nascita nell'ambito dell'*equity* — è naturalmente esclusa nel caso in cui i crediti non siano insinuabili nel fallimento (61). La legge americana prevede tuttavia la compensazione, solo su domanda di parte, senza della quale perciò essa non si applica (62).

(59) *Atlanta Flooring & Insulation Co., Inc. et al.*, v. *Russel*, 145 F. 2d 493 (C. C. A., 5th, 1944).

Ad identici principi si ispira sostanzialmente anche il diritto inglese, con la logica differenza, data la sua diversa struttura, che il divieto delle azioni esecutive individuali ha origine dal *receiving order*. Verranno perciò lasciate indisturbate (ss. 40-41) le azioni esecutive individuali che siano state condotte a termine (*completed*: sul significato di tale termine l'interpretazione giurisprudenziale è discorde; cfr. WILLIAMS, *op. cit.*, p. 340) prima della emanazione del *receiving order*, sempre che il creditore provi di non aver saputo dell'esistenza della *petition*, nè del compimento di un *available act of bankruptcy*.

Quanto poi ai creditori garantiti essi saranno pure lasciati indisturbati dalla legge e potranno indipendentemente dal fallimento procedere alla esecuzione sul bene gravato, sempre che la garanzia sia stata ottenuta prima del compimento dell'*act of bankruptcy*, cui retroagiscono gli effetti del fallimento.

(60) EAGER, *Set-off of Bank Deposit Against Indebtedness Under the Bankruptcy Act*, 10 Va. L. Rev. (1924) 575; Mc LAUGHLIN, *Amendment of the Bankruptcy Act*, 40 Harv. L. Rev. (1927) 583, 600; idem, *Aspects of the Chandler Bill to Amend the Bankruptcy Act*, 4 U. of Chi. L. Rev. (1937) 369, 398.

(61) La compensazione è ammessa anche nel diritto inglese (s. 31) (Cfr. al proposito DEL MARMOL, *op. cit.*, p. 239; ECKSTEIN, *op. cit.*, p. 192), dove fu particolarmente applicata dalle corti di *equity*. Ed in effetti in principi cui essa s'ispira sono quelli dell'equità. Vedi anche per il diritto italiano PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, p. 491.

(62) *Cumberland Glass Mfg. Co.* v. *De Witt & Co.*, 237 U. S. 447, 35 S. Ct. 636 (1915), commentata in 10 Ill. L. Rev. (1915) 291.

51. — La disciplina degli atti pregiudizievoli ai creditori costituisce in ogni sistema la parte centrale della procedura fallimentare. Si tratta in effetti di ricostruire il patrimonio del fallito quale esso era, prima che venisse consumato da quello stato di decozione già da tempo in atto quando viene emanata la dichiarazione di fallimento.

Già negli statuti italiani, nei quali la procedura fallimentare era tutta impregnata di diffidenza e sospetto e dove anzi la frode era ritenuta la causa prima del dissesto (*decoctus, ergo fraudator*), si ricorse con modi diversi e mezzi vari alla revoca degli atti compiuti prima del fallimento in pregiudizio ai creditori (63). Illusoria sarebbe la tutela accordata ai creditori, qualora si procedesse alla soddisfazione dei loro diritti liquidando il patrimonio del fallito così com'è al momento dell'*adjudication*.

Ed è in questa logica opera di recupero che ancora una volta si dimostra essenziale, ai fini della procedura, la qualificazione esatta del fenomeno dell'insolvenza, che già al suo primo apparire pregiudica i diritti dei creditori e fa — per necessità di cose — iniziare quel periodo di dispersione e sfaldamento del patrimonio del fallito, nell'inutile tentativo di arginare il rovinoso estendersi del dissesto, che rende poi necessaria la paziente ricostruzione del patrimonio stesso attraverso quei rimedi ordinari e straordinari che ogni legge prevede. Il sistema della retrodatazione del fallimento già in parte assolve a tale opera di recupero; ma quanto minore è il periodo di tempo per il quale la retrodatazione ha effetto tanto maggiori dovranno essere gli ulteriori rimedi che la legge dovrà offrire all'uopo.

Gli atti compiuti dal debitore prima del fallimento, che hanno causato pregiudizio ai creditori, possono essere distinti in due categorie: quelli che hanno provocato l'insolvenza del debitore e quelli che sono stati da lui compiuti quando già si trovava nello stato di dissesto.

Orbene la prima categoria di tali atti, in quanto pregiudica direttamente il diritto generale dei creditori al loro soddisfaci-

(63) Più che di una applicazione dell'*actio pauliana* romana, sembra però che si trattasse di revoca mediante l'effetto retroattivo del fallimento. Cfr. LATTES, *op. cit.*, p. 320; ROCCO, *op. cit.*, p. 210; PERTILE, *op. cit.*, p. 405 e da ultimo MINOLI, *Il fondamento dell'azione revocatoria*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, pp. 105, 130 sgg.

Per il KOHLER (*Leitfaden*, *cit.*, p. 127) invece le norme degli statuti avrebbero avuto un diretto collegamento con l'*actio pauliana*.

mento, viene disciplinata dal diritto comune; la seconda invece causata da un fenomeno (l'insolvenza), che ha nel fallimento la sua disciplina, trova nelle norme di questo istituto la sua specifica regolamentazione (64).

I paesi di *common law*, conoscono le due diverse discipline, che vengono parimenti applicate nella procedura fallimentare, allo scopo appunto di ricostruire il patrimonio del fallito per la liquidazione di esso tra i creditori in concorso. Qui più che altrove il sistema della legge, tanto inglese quanto americana, è quanto mai complicato, difficile ed alcune volte infelice. Ciò spiega anche i frequenti rimaneggiamenti cui — in modo particolarmente evidente nel diritto americano — sono soggetti i vari articoli di legge che regolano la materia.

Già s'è tuttavia osservato come al recupero del patrimonio provveda in parte la legge fallimentare col sistema della retrodatazione del fallimento al momento del compimento dell'*act of bankruptcy* nel diritto inglese, ed al momento dell'inoltro della domanda di fallimento nel diritto americano. Facendo risalire rispettivamente a tali momenti gli effetti del fallimento non v'è bisogno evidentemente di speciali azioni per la revoca di tutti quegli atti che siano stati compiuti in quel periodo.

In tal caso, come acutamente rilevò il BELL, contrapponendo il sistema accolto dalla legge scozzese e francese da un lato e quello inglese dall'altro (65), non si tratta di annullare degli atti in sè validi, perchè sono in frode ai creditori; bensì semplicemente perchè il fallimento si ritiene iniziato in un momento anteriore alla sua dichiarazione.

Senonchè la ricostruzione del patrimonio del debitore non va attuata in relazione soltanto agli atti compiuti dal debitore già in istato d'insolvenza (e se questo fosse tutto, il sistema inglese potrebbe limitare il recupero semplicemente mediante la retrodatazione del fallimento all'*act of bankruptcy*, che è la prima manifestazione dell'insolvenza; mentre senza soluzione continuerebbe però a rimanere il problema del diritto americano perchè quando viene inoltrata la domanda di fallimento l'insolvenza può

(64) Il diritto italiano ad esempio, conosce per la revoca della prima categoria di atti la revocatoria ordinaria e per la seconda la revocatoria fallimentare. Cfr. per tutti SATTA, *op. cit.*, p. 173 sgg.

(65) BELL, *Commentaries on the Law of Scotland*, 7th ed., Edimburg, 1870, II, p. 193.

essere già da tempo in atto), ma anche a quelli stessi atti che hanno causato più o meno mediatamente l'insolvenza.

Il sistema della retrodatazione — pur anche alla prima manifestazione di insolvenza — non è in altre parole sufficiente a tutelare i creditori; ragione per cui la legge dovrà ricorrere ad altri mezzi, mutuandoli dal diritto comune o creandoseli *ex novo*. All'esame di tali mezzi sono dedicati i paragrafi che seguono, per i quali andrà sempre tenuta presente la diversità del diritto americano da quello inglese, essendo nel primo il problema più complesso in relazione al fatto che il fallimento retroagisce solo al giorno di inoltro della domanda di fallimento.

52. — La *common law* non conobbe mai l'azione revocatoria del diritto europeo continentale, fondata sull'*actio pauliana* romana, per la revoca degli atti in frode ai creditori. Purtuttavia conobbe un rimedio analogo (66): si tratta della disciplina delle *fraudolent conveyances*, disposta dalla famosa legge della Regina Elisabetta nel 1570 (67), considerata da *Lord Coke* la prima legge in materia, e da allora sempre ritenuta tale (68).

Con tale legge si dichiarano senza effetto (*clearly and utterly void, frustrate and of no effect*) tutte le alienazioni compiute dal debitore con l'intento di frodare (*hinder delay or defraud*) (69) i creditori. Il titolo VI della stessa legge fa però salvi i diritti dei terzi subacquirenti che abbiano acquistato per un giusto corrispettivo (*good consideration*) ed in buona fede, cioè senza sapere dell'esistenza della precedente frode.

I problemi principali che qui si presentano sono quelli di stabilire il significato di frode del debitore e di individuare quale sia la disciplina dell'onere della prova relativo. La legge altro non dice oltre le parole che ho sopra citate, e la frode andrà perciò provata di volta in volta a seconda delle diverse fattispecie. Tuttavia fin dal famoso *Twyne's Case* (70), la giurisprudenza è andata elaborando alcune presunzioni di frode (*badges of fraud*), quali la segretezza, il titolo gratuito e la genericità dell'aliena-

(66) Cfr. RIESENFELD, *op. cit.*, p. 421.

(67) 13 Eliz., c. 5, 1570. In argomento si veda la preziosa opera del GLENN, *Fraudolent Conveyances and Preferences*, New York, 1940.

(68) Cfr. GLENN, *op. cit.*, § 5.

(69) La stessa formula venne poi ripresa da tutte le leggi inglesi e americane e passò anche negli attuali *Bankruptcy Acts*.

(70) *Twyne Case, Star Chandler*, 1601, 3 Coke, 80 b, 76 Eng. Rep. 809.

zione, l'esistenza di un *trust* fra alienante ed acquirente, o l'esistenza di clausole contrattuali sospette (71).

I principi dello *Statute of Elizabeth* vennero poi precisati ed estesi da un'imponente numero di decisioni, delle corti inglesi ed americane, spesso tuttavia tra loro contraddittorie. Il mancato trasferimento della cosa in una compravendita o nella costituzione di diritti di garanzia fu infatti a volte ritenuto presunzione assoluta di frode (72) e a volte no (73).

Fraudolenti furono sempre considerati anche i trasferimenti per un corrispettivo inadeguato (74); i trasferimenti in garanzia per un debito preesistente vennero a volte ritenuti *badge of fraud* (75), sebbene questa non fosse la regola generale.

La natura della revoca di tali atti risultò con precisione dalle norme poste nel diritto inglese dalla decisione *Freeman* v. *Pope* (76), che definitivamente stabilì che i creditori potevano impugnare i trasferimenti che il debitore avesse compiuto quando era insolvente o che tale lo avessero reso. Da ciò risulta evidente che in sostanza il fondamento di tale azione è lo stesso della revocatoria continentale (77): assicurare cioè il soddisfacimento dei diritti dei creditori attraverso il recupero dei beni che il debitore abbia fraudolentemente alienato in loro pregiudizio.

Lo statuto di Elisabetta passò in America e fu variamente adottato ed interpretato nei diversi Stati dell'Unione, fino a che

(71) Alcune di queste presunzioni vennero enunciate in latino dallo stesso *Twyne Case*: *dolus versatur in generalibus; dona clandestina sunt semper suspiciosa; clausolae inconsuetae semper inducunt suspicionem*, ecc...

(72) *Hadden* v. *Dooley*, 92 F. 274 (C. C. A. 2d, 1899); 13 Harv. L. Rev. (1889) 151.

(73) *Van Meter* v. *Estill*, 78 Ky 458 (1880) e la decisione inglese *Martindale* v. *Boothe*, K. B., 1832, 3 B. & Ad. 498, 110 Eng. Rep. 180.

Problemi particolari hanno poi sollevato negli Stati Uniti differenti sistemi di pubblicità vigenti nei singoli Stati dell'Unione.

(74) Cfr. *Jaeger* v. *Kelley*, 52 N. Y. 274 (1873); *Todd* v. *Nelson*, 109 N. Y. 316, 16 N. E. 360 (1888); ed anche *Brasie* v. *Minneapolis Brewing Co.*, 87 Minn. 456, 92 N. W. 340 (1902).

(75) *Didier* v. *Patterson*, 93 Va. 534, 25 S. E. 661 (1896).

(76) 5 Ch. App. 538 (1870). La stessa decisione pose la regola, valida per il diritto inglese, che i creditori sopravvenienti possono impugnare le *fraudolent conveyances* solo in caso che i creditori esistenti al momento dell'atto siano rimasti insoddisfatti. Per il diritto americano invece la regola seguita in più Stati è quella che lo possono, qualora l'atto risulti in frode anche nei loro riguardi (*Harlan* v. *Maglaughlin*, 90 Pa. 293 (1879).

(77) Cfr. Sul fondamento della revocatoria da ultimo MINOLI, *loc. cit.*

la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* nel 1918 approvò lo *Uniform Fraudolent Conveyance Act* (78), che venne poi adottato da buona parte degli Stati dell'Unione e che riprese, modernizzandole, le norme già contenute nello statuto di Elisabetta (79).

Dopo aver dato una sua nuova definizione di insolvenza, intesa come insufficienza del patrimonio (secondo il prezzo attuale di liquidazione) al pagamento dei debiti alla scadenza [s. 2 (1)], l'*Uniform Fraudolent Conveyance Act*, dichiara fraudolente: le alienazioni che, vengono compiute dal debitore quando è insolvente o che tale lo abbiano reso (s. 4); le alienazioni senza giusto corrispettivo (*fair consideration*) che riducano il capitale di un commerciante ad un ammontare inferiore a quello necessario per la continuazione del suo commercio (s. 5), o che lo costringano a ricorrere successivamente al credito per poter continuare la propria normale attività (s. 6); ed infine quelle che siano state compiute nell'intento di frodare (*hinder, delay, or defraud*) i creditori attuali o futuri (s. 7). Due sono i rimedi offerti ai creditori dall'*Uniform Fraudolent Conveyance Act* (s. 9): far annullare l'alienazione, oppure procedere direttamente all'esecuzione sulla cosa alienata (80).

Questa la disciplina degli atti in frode ai creditori nella *common law* americana (81).

(78) 9 U. L. A. 169. Sulla *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* e sul movimento per l'unificazione del diritto commerciale negli Stati Uniti, vedi la mia nota: *L'unificazione del diritto commerciale negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 490.

(79) Il supplemento del 1948 al vol. 9 delle *Uniform Laws, Annotated*, p. 129, fornisce una lista di 20 Stati, tra cui quelli commercialmente più importanti, che hanno adottato lo *Uniform Fraudolent Conveyance Act*.

(80) A seconda del rimedio scelto può esistere un diverso termine di decadenza per il proponimento dell'azione [cfr.: *Lind* v. *Johnson Co.* 204 Minn. 30, 282 N. W. 661 (1938)].

Sembra inoltre ormai pacifico che il creditore può procedere, senza necessità di ottenere una sentenza d'accertamento del credito: cfr. *American Surety Co.* v. *Conner*, 251 N. Y. 1, 166 N. E. 783 e la *rule* 18b della *Civil Procedure for the District Courts of the United States*.

Per gli altri molteplici problemi in materia, si consulti GLENN, *Fraudolent Conveyances and Preferences, loco cit.*

(81) Lo *Statute of Elizabeth* non è più in vigore neppure in Inghilterra, dove è stato comunque sostanzialmente ripreso dalla s. 172 del *Law Property Act* del 1925 (15 Geo. V., c. 20), le cui norme non sono state incorporate dalla legge fallimentare, sebbene il *trustee* possa avvalersene per attaccare gli atti in frode ai creditori.

53. — Nel *Chandler Act* del 1938, fu aggiunta una nuova *section* alla legge fallimentare: s. 67 (d), diretta ad incorporare nella legge *federale* fallimentare le norme dell'*Uniform Fraudolent Conveyance Act*, così che le corti federali sono ormai libere dalle interpretazioni date dalle corti dei singoli Stati dell'Unione all'*Uniform Act* (82), e vi può essere nel fallimento una disciplina uniforme degli atti in frode ai creditori, anche qualora lo Stato del debitore non abbia approvato l'*Uniform Act* (83).

Così per la s. 67 (d), saranno *null and void* (84) nei riguardi del *trustee* tutti quegli atti compiuti *nell'anno precedente all'inoltro della petition*, che siano *null and void* secondo le ss. 4, 5, 6 e 7 dell'*Uniform Fraudolent Conveyance Act*, sopra riportate ed esattamente riprodotte dalla legge fallimentare. Va notato che il termine per la annullabilità di tali atti è qui portato ad un anno anteriormente alla presentazione della domanda di fallimento.

Una questione di notevole importanza pratica è regolata dalla s. 67 [d (3)], di cui non si trova il corrispondente nell'*Uniform Fraudolent Conveyance Act*, ed il cui scopo fu quello di introdurre nella legge fallimentare la norma dettata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella decisione *Dean* v. *Davis* (85). In quella fattispecie un debitore insolvente, pressato da una banca per il pagamento dei debiti, mutuò denaro da un terzo, costituendo a favore di questo un'ipoteca sugli immobili di sua proprietà. Poco tempo dopo il debitore fu dichiarato fallito. Il *trustee* non attaccò il pagamento fatto alla banca, che tra l'altro

(82) Dalla famosa decisione *Erie* v. *Tomkins*, 304 U. S. 64 (1938), non esiste una *common law* federale, e le corti federali devono perciò seguire la *common law* dei singoli stati. Sull'argomento, vedi G. Rossi, *La codificazione del diritto commerciale negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 490.

(83) Moore and Tone, *Proposed Bankruptcy Amendments: Improvement or Retrogression?* 57 Yale L. J. (1948) 683, 691; vedi anche Mc Laughlin, *Aspects of the Chandler Bill*, 4 U. of Chi. L. Rev. (1937) 384.

(84) La legge usa la formula «*null and void*» nel senso di annullabili; a tale termine mi sono tenuto nel testo, anche se — con minor aderenza alle parole della legge americana — si sarebbe dovuto parlare di atti revocabili o quanto meno inefficaci:

Noto qui come la terminologia usata dalle leggi inglesi ed americane al riguardo [*null, void, avoidable*, ecc.] non corrisponde assolutamente a quella usata dai giuristi continentali. Tali termini in *common law* sono vaghi e spesso vengono adoperati come sinonimi per indicare nullità, annullabilità e a volte inefficacia.

(85) 242 U. S. 438, 37 S. Ct. 130.

non pareva annullabile secondo la legge fallimentare, ma fece invece annullare come fraudolenta la costituzione dell'ipoteca a favore del terzo. La norma dettata dalla Corte Suprema in tale decisione stabilì che va annullata, come atto in frode ai creditori, la costituzione di qualunque diritto reale di garanzia a favore di chiunque abbia concesso a titolo di mutuo una somma di denaro, sapendo che essa serve al pagamento di debiti, a chi è ormai insanabilmente insolvente.

Ma la s. 67 [d (3)], introdotta dal *Chandler Act* è andata ancora più in là ed ha dichiarato fraudolenta la garanzia del terzo, solo quando il pagamento al creditore (nel caso alla banca) sia esso stesso impugnabile dal *trustee* come *preference* (86). La disposizione in parola, criticata dalla dottrina (87) venne modificata dall'emendamento alla legge fallimentare del 1952 (88), nel senso di sostituire la condizione della impugnabilità del pagamento al creditore, con la prova che questi viene in pratica ad ottenere una percentuale di pagamento più alta di quella che riceveranno i creditori della sua stessa classe; pur rimanendo sempre rilevante la conoscenza da parte del terzo dell'uso a cui la somma mutuata verrà destinata. Anche la nuova formula legislativa è pertanto quanto mai ambigua ed incerta.

54. — È già stato sopra illustrato che in *common law* un debitore ha il diritto di preferire un creditore ad un altro, ed è egualmente stato osservato come ogni *preferential transfer* (e cioè in sostanza ogni pagamento o costituzione di un diritto di garanzia in soddisfazione di un debito antecedente, a favore di un creditore, *preferito* senza ragione agli altri), non costituisca una alienazione fraudolenta, che possa essere annullata in *common law*. Il Glenn (89) sostiene che lo statuto d'Elisabetta non ritenne fraudolento nei riguardi dei creditori l'atto di *preference*, perchè il suo scopo non era quello di disciplinare una liquidazione del patrimonio del debitore secondo i principi della *par condicio*

(86) Sulla *preference*, vedi *infra*, p. 133.

(87) Cfr. la nota in 87 U. of Pa. L. Rev. (1939) 317; Moore and Tone, *op. cit.*, 714; Corker, *Doing Business with an Insolvent*, 1 Stanf. L. Rev. (1949) 189.

(88) La legge del 7 luglio 1952, P. L. 456, 82d Cong., 2d Sess., § 21 (e), (f), (g), (h), (i).

(89) Glenn, *Fraudolent Conveyances and Preferences*, *cit.*, p. 289.

creditorum. Già in altra parte del presente lavoro (90), abbiamo notato come nella *common law* valga a proposito dell'esecuzione singolare il principio del *prior tempore, potior jure*. Tenuto conto di ciò, è chiaro infatti come il permettere l'impugnazione di un atto di *preference* a favore di un creditore non ancora soddisfatto ed a svantaggio di un altro già soddisfatto, in definitiva avrebbe spostato il privilegio della *preference* da una persona ad un'altra, rimanendo comunque gli altri creditori sempre insoddisfatti.

La possibilità di annullare i trasferimenti compiuti a favore di un creditore ed a svantaggio degli altri, va peraltro evidentemente ricercata al di fuori della *common law*, e precisamente nell'ambito della legge fallimentare, dove ha la sua vera origine la dottrina della *preference* (91). In effetti l'annullamento degli atti di *preference* può logicamente far capo soltanto a quei principi, già a suo tempo esaminati, che regolano nella *bankruptcy* la disciplina delle manifestazioni dell'insolvenza e della retrodatazione del fallimento; il relativamente tardo riconoscimento legislativo della possibilità di annullamento di tali atti (92) è dovuto soltanto al fatto che i principi specifici a cui esso si ispira, stentarono ad essere legislativamente riconosciuti.

Le giustificazioni dell'impugnabilità degli atti di *preference* sono in sostanza solo due, e l'accoglimento di una di esse in Inghilterra e dell'altra negli Stati Uniti, ha portato a differenti conclusioni e ad una parzialmente difforme loro disciplina nei due paesi.

La prima giustificazione storica e logica della attuale dottrina della *preference*, e per il GLENN la sola accettabile (93), sta nell'introduzione nella legislazione fallimentare di quell'istituto, peculiare ai diritti di *common law*, di liberazione del debitore che è la *discharge*, di cui già più volte ho dovuto occuparmi e che tratterò più diffusamente in seguito.

Nelle più antiche leggi fallimentari inglesi, la *discharge* — e

(90) Vedi sopra p. 11.

(91) Sulla dottrina della *preference*, si veda l'acuto studio del GLENN, *The Diversities of the Preferential Transfer: A Study in Bankruprcy History*, 15 Cornell L. Q. (1930) 520.

(92) Negli Stati Uniti esso venne con la legge del 1841 (5 Stat. 440); ed in Inghilterra solo con quella del 1869 (32 & 33 Vict., c. 71). Non si dimentichi che però già da tempo la giurisprudenza, specialmente inglese, aveva riconosciuto il principio.

(93) GLENN, *op. cit.*, 529 sgg.

cioè la liberazione completa del debitore dalla responsabilità per i crediti ammessi al passivo — dipendeva dal consenso della maggioranza dei creditori, i quali evidentemente la rifiutavano di norma quando il debitore avesse nel pagamento dei suoi debiti, preferito un creditore agli altri. Quando poi la *discharge* incominciò ad essere accordata al debitore, indipendentemente dalla volontà dei creditori, il principio dell'annullabilità degli atti di *preference* fece il suo ingresso nelle leggi fallimentari; ma ancora si negò la *discharge* al debitore che si fosse reso colpevole di un *preferential transfer*. Il privilegio della *discharge* pone infatti il debitore, nel momento in cui egli sta per essere travolto dal fallimento, nel dovere di conservare intatto il suo patrimonio per soddisfare sul piano della *par condicio* i suoi creditori. Da questi principi s'è in pratica sviluppata la dottrina della *preference* nel diritto inglese (94).

Nel diritto americano si è invece fatto capo all'altra giustificazione logica, già tuttavia accennata in alcune decisioni delle corti inglesi e particolarmente in *Re Bryant* (95), dove la dot-

(94) Si noti che gli atti di *preference* sono nulli nel diritto inglese, come qualunque atto di disposizione patrimoniale del debitore, quando essi sono compiuti dopo l'inizio del fallimento, che risale al compimento dell'*act of bankruptcy*. Altrimenti per la s. 44 della legge, sono impugnabili quando compiuti nei *sei mesi* anteriori alla domanda di fallimento (ss. 92 e 115 (3) (4) del *Companies Act*, 1947 (10-11 Geo. 6, c. 44), che ha esteso tale periodo, che prima era solo di tre mesi) con l'*intento* di preferire un creditore agli altri. La rilevanza dell'intento nel diritto inglese, chiaramente indicata fin dai tempi di Lord Mansfield, quando ebbe origine la dottrina della *preference* (Cfr. *Thompson* v. *Freeman* 1 T. R. 155, 157 (1786)), indica il carattere subbiettivo, di atto commercialmente immorale, che la *preference* ha, come mancato compimento di un dovere, originato nel debitore dalla possibilità di ottenere la *discharge*. Ne è prova ulteriore il fatto che non si considera atto di *preference*, quello che sia stato causato da una forte pressione (*pressure*) del creditore, perchè in tal caso l'intento del debitore è quantomeno affievolito (Cfr. *Jones* v. *Harber*, 40, L. J. Q. B. 59; *Hunt* v. *Mortiner*, 10 B. & C. 44).

Va infine ripetuto che il *preferential transfer* renderà impossibile nel diritto inglese la concessione della *discharge* [s. 26 (3i)]. Sui rapporti tra *discharge* e *preference* nel diritto inglese, vedi *Re Skegg*, 63 L. T. 90.

La *pressure* come elemento che esclude la *preference* venne riconosciuta da una lunga serie di decisioni anche nel diritto canadese (cfr. MEREDITH, C. J. C. P., in *Munro* v. *Standard Bank* 30 O. L. R. 12, 18; e MIDDLETON, J. A. in the Court of Appeal, in *Re Carson*, 4 C. B. R., 683, 687); ma venne tolta dalla nuova legge del 1949 (s. 64), che si avvicina perciò al sistema americano.

(95) LOPES L. J., in *Re Bryant* (1895) 1 Q. B. 420.

trina della *preference* venne così giustificata: « Non si deve permettere ad un fallito di anticipare l'azione della corte fallimentare e di decidere dell'amministrazione delle cose sue, preferendo un creditore ad un altro, anche se tale creditore godrebbe di priorità nella liquidazione fallimentare ».

Il motivo e l'intento di preferire un creditore è qui ridotto ad una questione di solvenza od insolvenza. Non sarà perciò rilevante l'immoralità commerciale dell'atto, come lo è per la *fraudolent conveyance* (96), ma semplicemente lo stato di insolvenza, col suo effetto di togliere al debitore l'assoluta disponibilità del suo patrimonio. L'iniziatore di questa nuova tendenza fu Mr. Justice Stone (97), che per primo formulò i principi che ancora ispirano le norme del diritto americano relative alla dottrina della *preference*.

55. — Se si tiene conto ancora una volta che in *common law* ogni debitore ha il diritto di preferire un creditore ad un altro, risulterà evidente come la possibilità concessa al *trustee* di impugnare l'atto di *preference*, sia l'unico caso in cui i creditori possono rivalersi sui trasferimenti preferenziali compiuti dal loro debitore. In questo senso la dottrina della *preference* per essere tipica e peculiare alla procedura fallimentare, costituisce di questa una delle parti centrali e più indicative. Non per nulla nel diritto americano la norma ad essa relativa (s. 60) è quella che ha subito più emendamenti, fino a quello più recente del 1950 (98).

(96) Cfr. *Coder* v. *Arts*, 213 U. S. 223, 241, 29 S. Ct. 436, 443 (1910).

(97) *Re Jackson Iron Co.*, Fed. Case 7153 (E. D. Mich. 1877).

(98) Legge del 18 marzo, 1950, P. L. 461, 81st Cong. Sulle innovazioni di questa legge in tema di *preference*, vedi sopratutto Mac LACHLAN, *Preference Redefined*, 63 Harv. L. Rev. (1950) 1390. Per la precedente letteratura vedi Mac LAUGHLIN, *Amendment of the Bankruptcy Act*, 40 Harv. L. Rev. (1927) 341, 377; IDEM, *op. cit.*, 4 U. of Chi. L. Rev. (1937) 369, 388; id., *Defining a Preference in Bankruptcy* 60 Harv. L. Rev. (1946) 233; KUPFER and LIVINGSTON, *Corn Exchange National Bank and Trust Company v. Klauder Revisited*, 32 Va. L. Rev. (1946) 910 e 33 Va. L. Rev. (1947) 1; OGLEBAY, *Proposed Revision of Section* 60a *of the Bankruptcy Act: A Step Backward*, 51 Com. L. J. (1946) 263; HANNA, *Preferences in Bankruptcy*, 15 U. of Chi. L. Rev. (1948) 311; MOORE and TONE, *Proposed Bankruptcy Amendements: Improvements or Retrogression?* 57 Yale L. J. (1948) 683; *Proposed Amendment to Section Sixty of the Bankruptcy Act*, 57 Yale L. J. (1948) 828.

E si veda come introduzione generale al problema il *Symposium* del numero d'autunno del 1948 della *Law and Contemporary Problems*.

La *preference* così com'è definita dalla s. 60 del *Bankruptcy Act*, dopo la recente riforma, consta di svariati elementi, che mi pare opportuno elencare al fine di rendere chiari i termini del veramente complesso istituto:

1) Si deve in primo luogo trattare di un trasferimento (*transfer*) della proprietà del debitore. Si applica qui la definizione di *transfer*, quale risulta dalla s. 1 (30) della legge fallimentare (99), e perciò il termine include non soltanto ogni alienazione o disposizione patrimoniale, ma ogni costituzione di diritti di garanzia o privilegio, anche se derivanti da sentenza del magistrato;

2) il trasferimento deve essere andato a beneficio di un creditore;

3) deve essere inoltre stato effettuato per estinguere un debito *precedente* (infatti se il debito non è precedente, non si tratta evidentemente di *preference*);

4) deve essere stato compiuto, quando il debitore era già *insolvente*;

5) e nel periodo di quattro mesi anteriore alla presentazione della domanda di fallimento;

6) l'effetto del *transfer* deve essere tale da far si che il debitore preferito riceva una percentuale, nel pagamento del debito, maggiore a quella dei creditori della stessa classe.

7) E' infine perchè il *transfer* possa venire annullato dal *trustee* è necessario che il creditore che lo riceve abbia avuto motivo ragionevole di credere che il debitore era insolvente (100).

Per quanto concerne il tempo in cui i suddetti elementi devono esistere, è pacifico che, ad eccezione della condizione di una maggiore percentuale derivante al creditore preferito, la quale deve essere valutata evidentemente secondo la percentuale che si

(99) s. 1 (30): « *Transfer* » *shall include the sale and every other and different mode, direct or indirect, of disposing of or of parting with property or with an interest therein or with the possession thereof or of fixing a lien upon property or upon an interest therein, absolutely or conditionally voluntarily or involuntarily, by or without judicial proceedings, as a conveyance, sale, assignment, payment, pledge, mortgage, lien, gift, security, or otherwise; the retention of a security title to property delivered to a debtor shall be deemed a transfer suffered by such debtor*. Con quest'ultima specificazione (*the retention*...), aggiunta dalla legge 7 luglio 1952, P. L. 456, 82d Cong., 2d Sess., § 1 (h), viene ritenuta *transfer* anche la vendita condizionale.

(100) *Bastian* v. *Levich*, 134 F. 2d 284. (C. C. A. 8th, 1943).

presume possano ricevere gli altri creditori nella liquidazione fallimentare, il tempo è quello in cui il *transfer* è stato effettuato (101). Orbene, in alcuni casi, quali quello del pagamento di un debito anteriore, non sorgono problemi. Questi invece diventano complicati e di difficile soluzione quando il *transfer* consista nella costituzione di privilegi (*liens*) (102) a favore del creditore, in quanto, dal momento che non spetta alla legge federale, ma alle leggi dei singoli Stati dell'Unione di indicare quando un *lien* sia validamente costituito (103), ne consegue che diverse da fattispecie a fattispecie sono le norme e la tutela accordata ai creditori contro le segrete dispersioni del patrimonio operate dal debitore.

La s. 60 (a 2) specifica che un *transfer* quando non riguarda *real property* (104) si ritiene validamente costituito nel momento in cui nessun *lien* posteriore sullo stesso bene, ottenuto attraverso un processo in *law* od in *equity* per un semplice contratto, possa dar origine a diritti superiori a quelli del creditore che ha ricevuto il *transfer* (*transferee*); se invece si tratta di *real property*, il *transfer* si ritiene validamente costituito quando è ormai inattaccabile da parte di ogni terzo subacquirente in buona fede. In caso contrario, si riterrà costituito immediatamente prima della domanda di fallimento e perciò sarà annullabile da parte del *trustee*.

(101) Mac LAUGHLIN, *Defining a Preference in Bankruptcy*, 60 Harv. L. Rev. (1946) 233, 245. Prima della decisione *Palmer Clay Products Co.* v. *Brown*, 297 U. S. 227 (1936), si discuteva se anche l'elemento della maggiore percentuale del creditore preferito, andasse valutato al momento in cui venne effettuato il *transfer*.

(102) Il *lien* è un diritto della persona che ne sia in possesso di trattenere beni appartenenti al suo debitore come garanzia del credito. Cfr. ARMINJON, NOLDE, WOLFF, *op. cit.*, III, p. 19; POPESCO, *Le droit de retention en droit anglais (lien)*, Paris 1930; ANDREANI, *Il lien nel diritto inglese e la ritenzione nel diritto italiano*, in *Riv. dir. priv.*, 1933, II, 122. Svariati e con differente disciplina giuridica sono i *liens* conosciuti nel diritto americano.

(103) Il fatto che la legge fallimentare faccia spesso dipendere i diritti dei creditori nel fallimento dalle leggi dei singoli Stati ha formato oggetto di critiche vivaci: cfr. KEEFE, KELLY and LEWIS, *Sick Sixty: A Proposed Revision of Section 60 A of the Bankruptcy Act*, 33 Corn. L. Q. (1947) 99, 109-111.

In argomento, vedi da ultimo KENNEDY, *Statutory Liens in Bankruptcy*, 39 Minn. L. Rev. (1955) 697.

(104) *Real property* si può grosso modo avvicinare ai nostri beni immobili, sebbene si sia ben lungi dall'avere una esatta coincidenza. Cfr. ARMINJON ecc..., *cit.*, III, p. 8. Vedi anche FRANCESCHELLI, *Il «trust» nel diritto inglese*, Padova, 1935, p. 3 n. 3, per la distinzione tra *real property* e *personal property*, che ha la sua origine nell'antico diritto feudale inglese.

Questa è la norma attuale, dopo l'emendamento del 1950. Essa, come ho già notato, è frutto di una serie innumerevole di modificazioni, dirette ad impedire per quanto possibile la occulta costituzione di privilegi e garanzie a favore del creditore, poco prima che il debitore venga portato al dissesto. Nelle sue linee essenziali la norma era già stata delineata dal *Chandler Act* del 1938, senza però che si applicasse la distinzione tra *personal property* e *real property*, con la conseguente formulazione di diversi modi di perfezione del *transfer*, tenendo conto del titolo del terzo di buona fede solo in riguardo alla *real property*. Già da allora comunque il creditore privilegiato doveva a tutela del suo diritto, accompagnarlo di tutti i crismi della pubblicità, che lo rendessero inattaccabile da chiunque (105).

Fu la famosa decisione *Corn Exchange National Bank & Trust Co.* v. *Klauder* (106), che smosse le acque e provocò una serie infinita di commenti (107). La Corte Suprema infatti, siccome la legge dello Stato riteneva opponibile al terzo di buona fede il trasferimento di *accounts receivable* (108), solo se i debitori avessero ricevuto notifica del trasferimento, e nella fattispecie la notificazione non era stata compiuta, decise che tale *transfer* era annullabile dal *trustee*. E sulle sue tracce la decisione in *Re Vardaman Shoe Co.* (109), portò alle logiche estreme conseguenze il *Klau-*

(105) WEINSTEIN, *The Bankruptcy Law of* 1938, *cit.*, p. 120. La norma di legge fu introdotta dal *Chandler Act* sopratutto per rendere invalidi alcuni *liens* riconosciuti in *equity*, (*equitable liens*), ma non dalla legge dei singoli Stati perchè rimasti segreti e non iscritti nei pubblici registri, secondo le norme richieste dal sistema della pubblicità vigente nello Stato. Si son voluti cioè colpire gli *equitable liens*, per salvare i *legal liens*.

(106) 318 U. S. 434 (1943).

(107) DOUGLAS, *Assigned Accounts as Affected by Section 60 a of the Bankruptcy Act and the Provisions of State Law with Reference Thereto*, 19 J. N. A. Ref. Bankr. (1944) 11; HANNA, *Some Unsolved Problems Under Section 60 A of the Bankruptcy Act*, 43 Col. L. Rev. (1943) 58, 69; KUPFER and LIVINGSTON, *op. cit.*, 32 Va. L. Rev. (1946) 910; MONTGOMERY, *Review of Supreme Court Ruling on Assignment of Account Receivable*, 17 J. N. A. Ref. Bankr. (1943) 119; Mac LAUGHLIN, *op. cit.*, 60 Harv. L. Rev. (1946) 233, 248; MARTIN, *Substantive Regulation on Security Devices under the Bankruptey Power*, 48 Col. L. Rev. (1948) 62.

(108) *Account receivable* è il credito verso clienti. Nei bilanci italiani la posta corrispondente è generalmente indicata con il termine «clienti» o più semplicemente «crediti».

(109) 52 F. Supp. 562 (E. D. Mo. 1943); vedi anche *Re Rosen*, 157 F. 2d. 997 (C. C. A. 3d, 1946) e *Matter of Harvey Distributing Co.*, 88 F. Supp. 466 (E. D. Va 1950).

der case, ritenendo che ogni qualvolta il *transfer* possa essere validamente minacciato dalla susseguente costituzione di un qualsiasi diritto, esso debba essere annullabile in *bankruptcy*. Ma queste decisioni sollevarono critiche aspre, perchè si accusò la legge e soprattutto la interpretazione estensiva di essa, data dalla giurisprudenza, di minacciare la sicurezza dei normali negozi, e di non volere solo far cadere gli *equitable liens* (110), in quanto segreti o quanto meno non dotati di tutti crismi della legalità e perciò pregiudizievoli ai creditori, bensì ogni normale mezzo di tutela preventiva del diritto soggettivo (111).

Per queste ragioni l'emendamento alla legge del 1950 tolse il requisito della opponibilità o meno al terzo di buona fede per i *transfers* non aventi come oggetto la *real property*, prevedendo però ancora una disciplina speciale per gli *equitable liens* [60 (a 7)], per la cui valida costituzione è disposto che, prima dei quattro mesi anteriori alla *petition*, si debbano compiere degli atti, quale la iscrizione su pubblici registri, che — secondo le diverse leggi locali — rendano nota ai terzi l'esistenza del *lien ;* ciò, anche qualora tali atti non siano necessari per impedire ad un altro creditore di attaccare con un suo ulteriore valido *lien* l'*equitable lien*.

Difficile è ancora per il momento poter valutare la portata del recente emendamento, in quanto ancora insufficiente è la giurisprudenza in materia. Resta comunque chiaro che molti *liens* seppure attaccabili dal terzo di buona fede, non lo sono dal *trustee*, perchè nessun altro *lien* successivo può acquistare priorità nei loro riguardi. Non si potranno perciò certamente più verificare ora decisioni come i *Klauder*, *Vardaman*, *Rosen* ed *Harvey cases* sopra citati (112).

(110) *Equitable lien* è un *lien* tenuto segreto e riconosciuto in *equity* e che si tentava, prima del *Chaldler Act*, di fare valere contro il *trustee*, registrandolo poco prima del fallimento. In tal caso il creditore sarebbe stato pagato completamente fin dove almeno potesse soddisfarlo il bene vincolato, siccome creditore garantito.

(111) HANNA, *Preferences in Bankruptcy*, 8 U. of Chi. L. Rev. (1948) 311 ; KUPFER and LIVINGSTON, *loc. cit.;* Mac LACHLAN, *Preference Redefined*, 63 Harv. L. Rev. (1950) 1390.

(112) Vedi infatti ad esempio una recente decisione in tema di *trust receipt : Coin Machine Acceptance Corp.* v. *O'Donnell* (C. C. A. 4th, 1951). Sul *trust receipt*, cfr. CALABI, *Anticipazioni su merci mediante trust receipt*, in *Riv. dir. comm.*, 1951, 1, 133.

56. — Ma il recupero del patrimonio non può dirsi ancora completamente disciplinato, nonostante i poteri — già esaminati — che la legge conferisce al *trustee ;* ulteriori possibilità di recupero esistono ed alla loro disciplina la legge dedica altre norme del pari complesse.

In previsione dell'insolvenza e del conseguente fallimento del debitore, i creditori diventano sovente sospettosi o quantomeno più vigilanti alla tutela dei loro diritti, epperciò, appena si rendano conto della possibilità di una sopravveniente decozione, tendono ad assicurarsi — possibilmente attraverso decisioni del magistrato — una posizione di privilegio che faccia salvi e lasci intatti i loro diritti in caso di fallimento ; o, per restare fedeli al linguaggio giuridico americano, ad ottenere *liens* attraverso *legal proceedings* (113).

Orbene, qualora tali *liens* siano stati ottenuti nei quattro mesi precedenti alla domanda di fallimento e quando il debitore era già insolvente, oppure in frode alla legge fallimentare (114), per la s. 67 (a 1) essi vengono ritenuti *null and void*, secondo la formula, ormai famigliare, del diritto americano. Di conseguenza i beni che siano stati gravati dal *lien*, passano al *trustee* (od al debitore) (115), il quale tuttavia può lasciare intatto il *lien*, particolarmente quando ciò si concluda in un beneficio per la massa, o qualora tali beni gravati sarebbero comunque sottratti alla massa da altro creditore privilegiato (116).

Alcuni *liens*, previsti dalle leggi dei singoli Stati dell'Unione

(113) Giova qui riportare agli effetti di una maggiore comprensione dell'argomento che sto trattando, le chiare parole del SERENI, *Aspetti del processo civile negli Stati Uniti*, Milano, 1954, p. 105 : « Un *judgment* di condanna ad una prestazione che può formare oggetto di esecuzione forzata costituisce in vari Stati un *lien* sulla proprietà immobiliare del convenuto.... L'effetto di un *lien* è simile a quello di un'ipoteca giudiziaria italiana, ma il *lien* ha di solito una durata più breve ; d'altro canto, però esso grava non soltanto sulla proprietà immobiliare posseduta dal soccombente al momento in cui il *lien* è creato, ma anche su quella da lui successivamente acquistata mentre il *lien* è in esistenza.

(114) In frode alla legge americana, significa qui, con lo scopo di operare un *preferential transfer* a favore di un creditore. In tal caso sarà irrilevante lo stato di insolvenza del debitore.

(115) Vedi la s. 67 (a 3) che menziona anche il debitore oltre al *trustee*, accogliendo la discutibile norma dettata dalla decisione *Chicago, B. & Q. R. R. Co.* v. *Hall*, 229 U. S. 511, 33 S. Ct. 885 (1913).

(116) Vedi *Connel* v. *Walker*, 291 U. S. 1, 54 S. Ct. 257 (1934).

(*statutory liens*) a favore di determinate classi di persone (quali i lavoratori), i *liens* derivanti da tributi e quelli derivanti da debiti nei confronti del Governo federale o dei singoli Stati dell'Unione, vengono tuttavia ritenuti validi, anche se ottenuti nei quattro mesi anteriori alla domanda di fallimento, dalla s. 67 (b). Questa norma, che praticamente invitava a riconoscere nell'ambito della materia fallimentare i privilegi accordati dalla legislazione degli Stati, contro i principi generali dettati dalla decisione *Local Loan* v. *Hunt* (117) e contro il valore assorbente della legge fallimentare *federale*, venne modificata però o quantomeno attenuata dalla s. 67 (c), che dichiarò tali *liens* invalidi di fronte al *trustee* quando la vendita forzata sia stata compiuta dopo la domanda di fallimento.

Nè va infine dimenticato che la legge [s. 67 (a 4)] accorda espressamente la *summary jurisdiction* per il recupero della proprietà gravata dai *liens*, di cui ho discusso in questo paragrafo. Ciò che, dopo quanto è stato detto a suo tempo sulla *summary jurisdiction* (118), rende perfettamente chiara la procedura riguardante questa parte del processo di fallimento.

57. — S'è trattato finora di esaminare i poteri che la legge ha conferito al *trustee* in quanto tale. Ma ai fini di annullare gli atti compiuti dal debitore, che siano pregiudizievoli alla massa, altri poteri vengono concessi al *trustee*, ma derivativamente, nel senso che essi possono essere esercitati solamente se esistono dei creditori che possano farli valere. È il caso della s. 70 (e), per la quale ogni atto del debitore, che per legge federale o per legge dello Stato è fraudolento e annullabile ad istanza di un creditore, insinuato nel passivo fallimentare, può essere annullato dal *trustee*. A volte peraltro, come per gli atti in frode ai creditori annullabili ai sensi della s. 67 (d), il *trustee* può chiedere l'annullamento anche mediante l'esercizio di altro potere a lui conferito.

Nella maggioranza dei casi si tratta di *transfers* (119), in generale *mortgages* (120), che devono essere registrati (*recorded*) nei pubblici registri, e che lo sono stati anteriormente al fallimento, mentre però nel lasso di tempo tra il trasferimento e la registrazione, un creditore ha ottenuto sugli stessi beni un *lien* supe-

(117) 292 U. S. 234, 54 S. Ct. 695 (1934).
(118) Vedi sopra p. 90.
(119) Vedi sopra la nota p. 133.

riore a quello del *mortgagee*, perchè il *mortgage* non era ancora registrato. S'è visto, nel precedente paragrafo, che il *trustee* può anche lasciare indisturbati i *liens* derivanti da *legal proceedings* ed annullabili ai sensi della s. 67 (a). Il *trustee* può allora usare di tali *liens* per annullare il *mortage* di cui sopra, in quanto egli gode delle stesse facoltà che ha un creditore al riguardo. In un secondo tempo potrà poi chiedere l'annullamento del *lien* ai sensi della s. 67 (a).

Se peraltro colui che ha ricevuto il *transfer* lo registri successivamente, nella *common law* il suo privilegio sarà comunque sottostante a quello del terzo creditore che abbia valido anche se sottostante a quello del terzo creditore che abbia prima della registrazione acquistato un valido *lien*; ma così non è nel fallimento, per il quale la Corte Suprema nel caso *Moore* v. *Bay* (121) decise che al creditore privilegiato viene tolto completamente il suo privilegio anche in caso di successiva registrazione, qualora naturalmente il *trustee* intervenga a far valere il diritto che sarebbe spettato al creditore titolare di un valido *lien* ottenuto prima della registrazione.

58. — Ma ancora, a questo proposito, prima di chiudere, è necessario far menzione della s. 70 (c) la così detta *strong-arm section* (122), la quale conferisce al *trustee* dalla data dell'inizio del fallimento (e cioè dall'inoltro della domanda di fallimento) tutti i diritti che avrebbe un creditore titolare di un valido *lien* a quel tempo, sia che tale creditore esista oppure no. Ci troviamo

(120) Sul *mortgage* (diritto reale di garanzia), sul *mortagee* (creditore) e *mortgagor* (debitore) cfr. ARMINJON, ecc..., *op. cit.*, III, p. 46 sgg.

(121) 284 U. S. 4, 52 S. Ct. 3 (1931). Vedi per una critica di questa decisione SCOTT, in 18 Va. L. Rev. (1932) 249; contro TURNBULL, in 9 Am. Bankr. Rev. (1932) 23. Per una applicazione tipica della s. 70 (e) riguardo ai *negotiable instruments* (su cui cfr. FONTANA, *Titoli di credito e « negotiable instruments »*, in *Dir. e prat. comm.*, 1934, I, p. 237) vedi *Benedict* v. *Ratner*, 268 U. S. 353, 45 S. Ct. 566 (1925); esteso poi da varie altre decisioni, tra cui *Lee* v. *State Bank & Trust Co.*, 38 F. 2d 42 (C. C. A., 2d, 1930).

Da ultimo in argomento vedi SCHWARTZ, *Moore v. Bay Sould its Rule Be Abolished?*, 29 J. N. A. Ref. Bankr. (1955) 1 (estr.)

(122) S. 70 (c): « *The trustee, as to all property, whether or not coming into possession or control of the court, upon which a creditor of the bankruptcy could have obtained a lien by legal or equitable proceeding at the date of bankruptcy, shall be deemed vested as of such date with all the rights, remedies, and powers of a creditor then holding a lien thereon by such proceedings, whether or not such a creditor actually exists* ».

qui evidentemente di fronte ad un caso diverso da quello contemplato nel paragrafo precedente, in quanto i poteri conferiti al *trustee* dalla s. 70 (c), non sono subordinati all'esistenza di un creditore, insinuato al passivo, che tali poteri avrebbe in effetti potuto esercitare. In altre parole gli atti pregiudizievoli ai creditori possono essere fatti annullare dal *trustee*, in generale se compiuti nei quattro mesi anteriori alla domanda di fallimento ed attraverso la s. 70 (c), anche quando i rimedi all'uopo stabiliti dalla legge non siano esperibili perchè l'atto è stato compiuto prima dei quattro mesi anteriori alla domanda di fallimento, purchè dalla legge statale risulti che un creditore con un valido *lien* avrebbe potuto far annullare tali atti.

Un caso tipico che qui è opportuno citare — ma che non è che uno dei molti esempi, che si potrebbero menzionare — riguarda la particolare situazione della Lousiana, che come è noto è l'unico Stato dell'Unione che possegga un codice civile (123). Orbene, in tale codice è prevista tra l'altro la revoca degli atti in frode ai creditori, in guisa simile alla nostra azione revocatoria (124). Se pertanto il debitore è domiciliato nella *Louisiana*, il *trustee* potrà sempre avvalersi della *actio pauliana* prevista dalla legge dello Stato per la revoca di atti, che diversamente non potrebbero essere attaccati perchè compiuti prima del periodo previsto dei quattro mesi anteriori alla domanda di fallimento (125).

Superfluo è il notare che naturalmente se il *trustee* si avvale della s. 70 (c), il tempo utile per l'esercizio dell'azione è quello previsto dalle singole leggi statali.

Con l'esame di questa ultima norma della legge fallimentare, abbiamo esaurito la trattazione dei mezzi offerti dal *Bankruptcy Act* americano per la disciplina degli atti pregiudizievoli ai creditori, particolarmente complicati e talvolta incerti perchè la loro disciplina è spesso, come abbiamo notato, oggetto di conflitto

(123) Cfr. Rossi, *La codificazione del diritto commerciale negli Stati Uniti* in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, 491.

(124) BK. 3, Tit. 3, art. 67, *Louisiana Civil Code*, 1808.

Ho già sopra indicato (p. 126) come gli altri Stati dell'Unione conoscano per la revoca degli atti in frode ai creditori il sistema inglese, basato sul famoso Statuto di Elisabetta.

Sul diritto civile della Louisiana, vedi il recente articolo di Dainow, *Le droit civil de la Louisiana*, in *Rev. Int. de Droit Comparé*, 1954, 19.

(125) Vedi Goodman, *The Revocatory Action*, 9 Tu. L. Rev. (1935) 422.

tra la legge fallimentare federale e le leggi dei singoli Stati dell'Unione.

59. — Gli effetti del fallimento sulla persona del fallito sono stati già in parte esaminati, quando s'è parlato, nel corso della trattazione, dei doveri, cui è soggetto il fallito, quali il dovere di presenziare all'assemblea dei creditori, di preparare le *schedules*, di sottostare all'interrogatorio sotto giuramento, di aiutare il *trustee* ed il *referee* nell'esercizio delle loro funzioni ed infine di obbedire incondizionatamente alla corte (126).

Gli eventuali riflessi penali del fallimento tanto nel diritto inglese quanto in quello americano, non trovano poi — come ho già notato (127) — una disciplina penale separata, com'è per il nostro diritto (nella bancarotta) e per i diritti europei continentali in generale ; e questo anche se le norme relative alla pena derivante dall'occultamento e distrazione del patrimonio si trovano attualmente per il diritto americano nel *Criminal Code* (128). Per i fatti commessi prima che il fallimento abbia inizio non è previsto infatti alcun *federal crime of bankruptcy* e le stesse sanzioni contemplate in caso di mancata obbedienza agli ordini della corte, non trovano menzione nella legge fallimentare.

La condotta del debitore nel corso della procedura può dar luogo a volte ad un procedimento separato per *contempt of court* (offesa contro la dignità della corte) (129), e l'unico riflesso di tale condotta per quanto riguarda la procedura fallimentare concerne esclusivamente la concessione o meno della *discharge*.

Parlando della corte fallimentare e della sua competenza s'è notato come il processo di fallimento si svolga in modo sommario (*summary proceeding*) e come all'attuazione di tale sommaria procedura contribuisca sopratutto il *turnover order* della corte, col quale si ingiunge a chiunque possegga beni, che dovrebbero appartenere alla massa, di trasferirli al *trustee* (130). Chi non adempie quanto è ordinato dalla corte col *turnover order* viene incrimi-

(126) Cfr. la s. 7. Simili disposizioni sono contenute anche nella s. 22 della legge fallimentare inglese.

(127) Vedi sopra p. 17.

(128) 18 U. S. C. c. 9, §§ 151-155, § 3284. Sanzioni particolari sono previste anche nel diritto inglese per i casi maggiori di frode (*bankruptcy offences*). Cfr. *Bankruptcy Amendment Act*, 1926, s. 5 sgg.

(129) Cfr. Sereni, *Aspetti del processo civile, cit.*, p. 10.

(130) Vedi sopra p. 92.

nato per *contempt of Court* (131), e ciò vale naturalmente anche, e direi in modo particolare, per il fallito. È questo uno dei modi indiretti offerti dal diritto americano per sottoporre i falliti a procedimenti penali. Tale sistema s'è prestato a volte ad abusi, contro i quali s'è dichiarata, abbastanza recentemente, la Corte Suprema degli Stati Uniti nella famosa decisione *Maggio* v. *Zeitz* (132). Nella fattispecie venne infatti emanato un *turnover order* contro il fallito perchè trasferisse al *trustee* dei beni che egli più non possedeva. Non potendo per tale ragione obbedire all'*order* della corte, il fallito venne ciò nonostante incriminato per *contempt of Court*, senza le garanzie costituzionali (*trial by jury*) previste a favore del cittadino, in ogni processo penale. Si tentava così, imprigionando il fallito, di influenzare terzi a consegnare al *trustee* il denaro preteso. Ma la Corte Suprema decise che per l'incriminazione è sempre necessario che il fallito sia nella possibilità di obbedire al *turnover order*, in quanto altrimenti, si dà la possibilità di perseguire penalmente chi per legge non potrebbe esserlo (133).

60. — Ma la *discharge* è l'istituto che più da vicino interessa il fallito. Essa è per lui al centro del processo: dipende essa infatti dalla valutazione della sua passata condotta, e condiziona la sua situazione futura. Se viene concessa, essa *libera* completamente il fallito di tutti i debiti, che figurino nella insinuazione al passivo, qualunque sia la percentuale pagata a liquidazione fallimentare compiuta. Di tali debiti il fallito non dovrà perciò più rispondere.

La *discharge* è un istituto tipico del diritto fallimentare di *common law*, nei cui principi generali si inquadra e di cui costituisce ormai la più individuatrice fisionomia, come ho già tentato di dimostrare nel primo capitolo di questo lavoro. Sorta, come s'è già detto (134), col *certificate of conformity* è la manifesta-

(131) *Oriel* v. *Russel*, 278 U. S. 358, 49 S. Ct. 173.

(132) 333 U. S. 56, 68 S. Ct. 401 (1948).

(133) Vedi anche la decisione d'appello della stessa causa: *In Re Lumia Camera Service, Inc.*, 157 F. 2d 951 (C. C. A., 2d, 1946): « ... *a turnover proceeding may not, via a fiction, be substituted for a criminal prosecution so as to deprive a man of a basic constitutional right, the right of trial by jury* ».

Vedi però la dissenziente opinione del Giudice FRANKFURTHER nella decisione della Suprema Corte, *loc. cit.*, 417.

(134) Si tenga qui presente quanto ho scritto dietro alla p. 16 cui rimando per la storia dell'istituto.

zione più evidente ed essenziale della tendenza al *favor debitoris*, che — ripeto — costituisce l'aspetto maggiormente originale del diritto di *common law*. Innestatasi sulle direttive, che negli altri diritti hanno condotto ai concordati, la *discharge* è stata di esse la più logica conseguenza.

Detto questo, mi pare esatto affermare che la *discharge* è ormai elemento essenziale della *bankruptcy*, anche se sopravvenuta tardivamente nello svolgimento storico dell'istituto [la prima legge che la accorda è del 1705 (4 Anne, c. 17)]. Chiara conferma di ciò si trova in quelle decisioni della Corte Suprema degli Stati Uniti che qualificarono leggi fallimentari solo quelle che prevedevano la *discharge* del debitore (135). Per questa ragione non credo di poter condividere l'opinione di quegli scrittori che ritengono che la *discharge* sia qualcosa di sovrapposto alla originale procedura fallimentare, di cui non costituirebbe che un momento secondario e puramente incidentale (136).

La *discharge*, che il BELL qualificava come una *novatio debiti* (137), è stata resa possibile nei paesi di *common law* particolarmente da quel principio centrale della *bankruptcy*, il quale vuole che primo effetto patrimoniale del fallimento sia l'espropriazione del fallito. Che si voglia poi accogliere per spiegare tale espropriazione la teoria che vede nel fallimento un caso di *trust*, o — come mi pare più opportuno — che non si indulga al parallelismo *bank uptcy-trust*, e si dia allora quella spiegazione logica sopra delineata s ulla natura del *trustee*, sta di fatto che il fallito viene, per effetto del fallimento, privato della proprietà dei suoi beni. In tal mo o si crea una separazione netta tra fallito e fallimento, che certam ente avrebbe da noi confortato l'opinione di chi, come il BONELL , concepisce il fallimento come persona giuridica. Da tale separ zione parte comunque il presupposto per la *discharge*.

(135) *I ernational Shoe Co.* v. *Pinkus*, 278 U. S. 261, 49 S. Ct. 108 (1929); *Pobreslo* v. . *M. Boyd Co.*, 287 U. S. 518, 53 S. Ct. 262 (1933); *Johnson et al.* v. *Star*, 287 U. S. 527, 53 S. Ct. 265 (1933).

(136) V di OLMSTEAD, *Bankruptcy a Commercial Regulation*, 15 Harv. L. Rev. (19 1) 829, 835; LEVINTHAL, *The Early History of Bankruptcy Law*, 66 Pa. L. Rev. (1918) 223, 225; REMINGTON, *A Treatise on the Bankruptcy Law of U. S.*, 4th ed., *cit.*, I, 1.

Nel sen o del testo vedi però RIESENFELD, *op. cit.*, p. 406; TREIMAN, *The Law an the Insolvent Debtor*, 12 St. Louis L. Rev. (1927) 189.

(137) B LL, *Commentaries on the Law of Scotland*, 7th ed., Edinburg, 1870, II, 357.

Se infatti il fallito più non conserva la proprietà del suo patrimonio, ormai completamente individuato e devoluto al soddisfacimento dei creditori, pare a sufficienza conseguente il liberarlo da ogni responsabilità per quei suoi debiti che, egualmente individuati, siano poi soddisfatti su quel patrimonio, a lui tolto, che ormai rappresenta tutto ciò su cui i creditori possono avvalersi.

Se l'espropriazione è il fondamento logico sul quale la *discharge* si fonda, un altro ne esiste di natura metagiuridica, ma non per questo meno importante sopra tutto ai fini della nostra indagine, che — non si dimentichi — ha per scopo principale quello di far rilevare non solo la differenza tra il diritto fallimentare di *common law* e quello continentale — o nella nostra necessaria esemplificazione americano ed italiano — ma anche e forse maggiormente di far notare le ragioni, il fondamento ed i presupposti di tale differenza. Ed è nell'istituto della *discharge* che la *common law* si ispira a principi etico-giuridici e sociali differenti dai nostri. Non è solo il rilievo che il fenomeno del credito comporta in sostanza un rischio, che deve essere diviso in egual misura dal creditore e dal debitore (138), ad aver dato origine alla *discharge*, ma sopratutto è la considerazione che il fallito va al più presto riacquistato alla società e che non vi sono valide giustificazioni per tenerlo segregato in ragione del suo dissesto, specialmente quando questo dipende da contingenze dell'economia generale a lui estranee e da lui incontrollabili (139) o per considerarlo eternamente legato ai suoi debiti in modo che egli non possa ricominciare una nuova vita, senza ombre di uno sfortunato passato, del quale non gli si può attribuire la colpa maggiore (140).

(138) Cfr. LEVINTHAL, *The Early History ecc...., cit.*, 67 Pa. L. Rev. (1919) 1, 19.

(139) A questo proposito mi pare molto indicativa la s. 26 (3 a) della legge inglese, la quale prevede che per la concessione della *discharge*, il fallito deve essere in grado di pagare il 50% dei suoi debiti, a meno che dimostri che il fatto per cui dal suo patrimonio non può essere ricavata una tale percentuale, non è dipeso da circostanze a lui imputabili, bensì da contingenze di ordine generale ed estranee alla sua sfera d'azione. E la legge inglese continua alla s. 26 (4), dicendo che qualora tali contingenze del tutto estranee abbiano veramente causato il dissesto del debitore, la Corte rilascerà al fallito un certificato che lo riabiliti definitivamente anche riguardo a quelle « *disqualifications* » a carattere politico (per la s. 32 il fallito non può essere membro della Camera dei Lords o dei Comuni, non può essere nominato giudice di pace o membro di un consiglio municipale), che il fallimento comporta.

(140) « *To make a fresh start in life* » sono le parole usate da Lord MACNAGHTEN, in *Hardy* v. *Fothergill* (1888), 13 App. Cas. 351, 367.

L'istituto del fallimento non resta così semplicemente un modo di esecuzione a favore dei creditori, ma diventa anche un modo di liberazione del debitore, del quale si incomincia a tener debito conto e la cui posizione inizia ad esser considerata, direi, su piano di parità con quella dei creditori. Già altra volta ho indicato (141), nè giova qui ripetermi, come la giusta valutazione delle posizioni del fallito sia uno degli elementi essenziali di una moderna legge fallimentare e come le varie storture od incongruenze che specialmente in tema di definizioni di insolvenza ancora si riscontrano in varie leggi, potrebbero accentuando tale tendenza in favore di una maggiore considerazione del debitore, essere facilmente evitate. Nè si dimentichi a questo proposito che i concordati, e tutti gli istituti affini nelle varie legislazioni, non sono in sostanza che altri passi, seppur su strade diverse, nella stessa direzione.

Interessante mi pare ora il notare che anche in Italia il principio della *discharge* è apparso per una volta in un progetto di legge fallimentare per la liquidazione del patrimonio dei debitori civili insolventi, e precisamente nel progetto Orlando del 1909 (142). Ma, per quanto mi costi, tale principio non ha poi più avuto alcuna eco neppure nella dottrina.

61. — Attualmente la *discharge* più non dipende dal consenso dei creditori (143) ma è ormai concepita come un diritto del debi-

(141) G. ROSSI, *Equivoci sul concetto d'insolvenza*, in *Riv. dir. fall.*, 1954, I, 175.

Ma ancora devo ricordare per la relazione tra insolvenza e *discharge* quanto è stato sostenuto dal FURTH, *The Critical Period Before Bankruptcy*, 41 Yale L. J. (1932) 8[illegible]3, 859, e cioè che allo scopo di ridurre gli atti pregiudizievoli ai creditori prima della dichiarazione di fallimento, basterebbe — tra l'altro — restringere la concessione della *discharge* ed escluderla nel caso in cui tali atti siano stati consciamente compiuti.

(142) Il progetto in parola diceva infatti all'art. 70: « Ultimata la liquidazione, il Tribunale decide se il debitore meriti di essere liberato dalle obbligazioni che non furono per intero soddisfatte, tenendo conto della qualità ed importanza di esse, delle cause del dissesto e di ogni altra circostanza ». Cfr. ROTONDI, *Lezioni di diritto commerciale, Il fallimento*, (lit.), Pavia, 1930, p. 132.

(143) Vedi in argomento GLENN, *The Diversities of the Preferential Transfer: A Study in Bankruptcy History*, 15 Cornell L. Q. (1930) 520, 529 sgg.

Nel diritto scozzese però, la *discharge* è ancora sottoposta alla approvazione dei creditori (s. 143; Cfr. WALLACE, *The Law of Bankrutpcy in Scotland*, Edinburg, 19[illegible]4, p. 186).

tore; diritto che, per la legge americana si attua automaticamente, in quanto ogni dichiarazione di fallimento viene considerata come domanda per la *discharge* (s. 14).

Questo diritto del fallito alla *discharge* ha avuto, come era naturale, varie conseguenze sulla procedura fallimentare. In Inghilterra, ad esempio, si ritiene che tale diritto debba sottomettere il fallito al dovere di non compiere atti di *preference*, pena la non concessione della *discharge* (144).

La *discharge* costituisce infine la giustificazione più essenziale della *voluntary bankruptcy*, cioè della domanda del debitore per la dichiarazione del proprio fallimento, in quanto in essa realmente si concreta quell'interesse a fallire che ha il debitore, e che difficilmente sarebbe altrimenti configurabile se non su basi pubblicistiche.

Va da sè, dati i presupposti che ho indicato, che la concessione della *discharge*, sebbene sia un diritto del debitore, è subordinata a certe condizioni di condotta, che sono peraltro più rigorosamente valutate e controllate nel diritto inglese, di quanto non lo siano in quello americano (145).

62. — Nel diritto americano — lo si è già detto — la dichiarazione di fallimento opera come richiesta di *discharge* (s. 14); e ciò probabilmente per assicurare a tutti i falliti la possibilità di ottenerla, indipendentemente dalla loro negligenza nel richiederla (146). Si fa eccezione per le *corporations* (147), per le quali la *discharge* deve invece essere richiesta alla corte entro i sei mesi seguenti alla dichiarazione di fallimento. L'eccezione è compren-

(144) Vedi sopra la nota 94.

(145) Cfr. LEVI and MOORE, *Bankruptcy and Reorganization: A Survey of Changes*, 5 Un. of Chi. L. Rev. (1937) 1, 11. Nel diritto canadese poi neppure l'imprigionamento, a causa di fallimento, toglie al fallito il diritto alla propria *discharge* [Cfr. *In Re Ideal Pants Ltd.* 28 C. B. R. 226 (Que.)].

Per un parallelo tra la *discharge* nel diritto inglese e in quello americano, con riferimenti anche ai sistemi continentali, vedi RADIN, *Discharge in Bankruptcy*, 9 N. Y. U. L. Q. Rev. (1931) 39.

(146) Al contrario, nel diritto inglese, la *discharge* deve essere espressamente richiesta dal fallito. La richiesta può essere però compiuta in qualsiasi momento della procedura [s. 26 (1)]. Il diritto canadese, dopo la nuova legge del 1949 [*Bankruptcy Act*, 1949, 2d Sess. Can.) Ch. 7)] applica al riguardo il sistema americano (s. 127).

(147) Le *corporations* sono le società per azioni. Su cui vedi SERENI, *Le società per azioni negli Stati Uniti*, Milano, 1951.

sibile se si tiene conto del fatto che difficilmente una *corporation* chiederà la *discharge*, dal momento che, a liquidazione fallimentare compiuta, essa cessa di esistere e nel caso si voglia riprenderne l'attività è cosa più semplice formare un'altra *corporation*.

Se la *discharge* è un diritto del fallito, questi può tuttavia rinunciarvi (*waiver of right to discharge*), rifiutando di presentarsi per l'*examination* alla prima assemblea dei creditori, rifiutando di presentarsi o di essere esaminato all'udienza per la concessione della *discharge* od infine facendone rinuncia scritta alla corte.

Il *trustee*, qualunque dei creditori, l'*United States Attorney* o chi per lui, possono poi, entro il termine di trenta giorni dalla prima assemblea dei creditori — termine che può tuttavia essere prorogato dalla corte —, far opposizione alla concessione della *discharge* con atto scritto contenente i motivi dell'opposizione. Entro altri trenta giorni sarà fissata un'udienza per discutere delle opposizioni. L'onere della prova sarà a carico di chi ha fatto opposizione, a meno che la corte ritenga che esistano già prove sufficienti che il fallito ha compiuto atti che possano precludergli la *discharge*; nel qual caso toccherà a lui di provare il contrario.

La s. 14 (c) enumera sette casi nei quali la *discharge* deve essere rifiutata: 1) qualora il fallito abbia durante la presente procedura od una passata compiuto qualunque dei crimini contemplati dal *Federal Criminal Code* (148); 2) qualora abbia distrutto, mutilato, falsificato, nascosto i libri di commercio; 3) qualora abbia ottenuto denaro e credito attraverso false indicazioni sulle sue condizioni finanziarie; 4) qualora abbia compiuto una *fraudolent conveyance* nei dodici mesi precedenti la domanda di fallimento; 5) qualora abbia ottenuto nei sei anni precedenti la domanda di fallimento un'altra *discharge* o abbia beneficiato di concordati, anche mediante i procedimenti fallimentari speciali precisti per i salariati; 6) qualora durante il corso della procedura, abbia rifiutato di eseguire un ordine della corte o di rispondere agli interrogatori; 7) qualora infine non spieghi soddisfacentemente ogni ammanco del suo patrimonio o la sua incapacità a pagare i debiti alla scadenza.

In questi casi, per cui i diritti continentali ravviserebbero gli estremi per sanzioni penali a carico del fallito, il diritto ameri-

(148) Vedi sopra la nota 128.

Sull'argomento in generale si veda FRIEBOLIN, *Re-examination of Section 14 c (3) as a Ground for Objection to Discharge*, 39 Minn. L. Rev. (1955) 673.

cano semplicemente si limita dunque a rifiutargli la *discharge*. È questa una delle ragioni che meglio indicano come la *bankruptcy* abbia ormai perduto quelle caratteristiche penali, che ancora specialmente gli autori continentali vorrebbero attribuirle.

Se la *discharge* viene negata, i creditori conserveranno il diritto alla soddisfazione dei loro crediti e potranno di conseguenza sempre rivalersi sul debitore, dopo il fallimento, per quella percentuale del credito che non sia stata soddisfatta nel fallimento stesso.

Entro un anno dalla concessione della *discharge*, questa può però essere ancora revocata dalla corte, su istanza degli interessati, qualora sia stata ottenuta con frode (s. 15).

Se concessa, essa avrà comunque l'effetto di liberare il fallito da ogni responsabilità per i crediti insinuabili nel passivo fallimentare, eccezion fatta per quelli contemplati dalla s. 17. Spetterà sempre alla corte di stabilire nel caso specifico quali debiti del fallito non siano soggetti a *discharge* (*dischargeable*) (149).

Eccezionalmente dunque, ai sensi della s. 17, non sono *dischargeable* per legge:

1) I debiti dovuti per il pagamento di tributi (*taxes*) federali o locali.

Questa eccezione sta provocando difficoltà notevoli, dato il peso sempre crescente delle imposizioni negli Stati Uniti d'America. Per questa ragione è stato di recente proposto al Congresso di rivedere questo punto della legge (150).

2) I debiti dovuti per denaro o cose, ottenute con frode dal fallito; cui vanno aggiunti: i debiti dovuti per danno arrecato dolosamente (*willful and malicious injuries*) a terze persone o a beni di loro proprietà; gli alimenti, che non vengono considerati come debiti ma come dovere; il risarcimento dei danni per seduzione e non mantenuta promessa di matrimonio.

3) I debiti che non siano stati inclusi nel passivo. Questa norma è prevista contro il fallito che non abbia con cura incluso

(149) Cfr. oltre all'articolo del GLENN, *Effect of Discharge*, 30 Va. L. Rev. (1944) 531, i più famosi casi in tema di *discharge*: *Local Loan Co.* v. *Hunt*, 292 U. S. 234, 54 S. Ct. 695 (1934) e *Ciavarella* v. *Salituri*, 153 F. 2d 343 (C. C. A. 2d. 1946); *Harrison* v. *Donnelly*, 153 F. 2d 558 (C. C. A. 8th 1946).

Da ultimo in argomento, vedi SMEDLEY, *Bankruptcy Courts as Forums for Determining the Dischargeability of Debts*, 39 Minn. L. Rev. (1955) 651.

(150) Vedi H. R. 5829, 80th. Cong. 2d Sess. (1948) e HANNA and Mc LACHLAN, *Cases on Creditors' Rights*, Brooklyn, 1949, p. 382.

tutti i suoi creditori nella lista che egli deve compilare. Nè si vuole evidentemente togliere ogni diritto al creditore che, non per sua colpa, non sia venuto a conoscenza del fallimento del debitore. La disposizione non vale però per le *corporations* (cfr. s. 226).

4) I debiti dovuti per frode od abuso di fiducia del fallito. Non ostante la sua formulazione generale, sembra che questa norma si riferisca solo alla fiducia in senso formale, quale risultante da un rapporto di *trust* (151).

5) I debiti per mancato pagamento di salari dovuti nei tre mesi anteriori al fallimento.

6) I debiti dovuti per aver ricevuto o trattenuto somme di denaro di un prestatore di lavoro a garanzia dell'esatto adempimento della prestazione.

Non può ora non risultare evidente la sostanziale difformità della *common law* nei confronti del diritto continentale nella considerazione della persona del fallito. L'istituto della *discharge* indica come la *bankruptcy* abbia saputo sviluppare le sue norme nella tutela degli interessi dei creditori e del fallito ad un tempo. Contro il fallito neppure vengono contemplate sanzioni penali, se non in casi veramente eccezionali, e certo la *bankruptcy* più non costituisce nè un infamia nè un grave impedimento alla normalità della vita futura, per un debitore onesto, seppure sfortunato.

La via tracciata in questo campo dai paesi di *common law* dovrebbe ormai imporsi alla attenzione del giurista continentale. La distinzione tra insolvenza colpevole e non colpevole (152) va seriamente valutata da ogni legge moderna, che voglia disancorare l'istituto del fallimento da quei tradizionali caratteri penalistici che in molti paesi ancora conserva e che certo non garantiscono una equa tutela per il fallito paragonabile a quella prevista per i suoi creditori.

(151) *Davis* v. *Aetna Acceptance Co.*, 293 U. S. 328, 55 S. Ct. 151 (1934).

(152) Nè certo varrebbe qui sostenere, come fa il CANDIAN (*Saggi di diritto*, Milano, 1949 p. 289) per giustificare forse gli attuali riflessi penalistici della legge fallimentare italiana, che l'insolvenza in quanto tale è sempre colpevole.

CAPITOLO V

ACCERTAMENTO DEL PASSIVO E DISTRIBUZIONE DELL'ATTIVO

63. L'ammissione dei crediti al passivo. — 64. Crediti non ammissibili al passivo. — 65. La verifica dei crediti. — 66. Distribuzione dell'attivo e chiusura del fallimento.

63. — L'importanza dell'accertamento del passivo nel processo di fallimento è ancor maggiore nel diritto americano — anzi in quello di tutti i paesi di *common law* — di quanto non lo sia nel diritto continentale. Oltre infatti all'evidente rilievo, che a prima vista s'impone, sulla essenzialità dell'accertamento del passivo nello svolgimento della procedura fallimentare, quale momento in cui vengono per la prima volta individuati tutti i creditori ai fini della loro partecipazione concorsuale alla liquidazione della massa attiva, con conseguenza che il principio della *par condicio* può essere attuato solo in quanto sia preceduto da tale accertamento, va notato nel diritto americano il contemporaneo rilevante riflesso che l'accertamento assume in riferimento ad un altro istituto fondamentale della *bankruptcy* e cioè la *discharge* del fallito. Già s'è detto infatti come questi venga liberato dalla sua responsabilità solo nei confronti di quei crediti che siano stati insinuati, rimanendo così debitore per l'intero ammontare di quelli che non siano stati insinuati.

La formazione e verificazione dello stato passivo, che va sotto il nome di *proof and allowance of claims* è pertanto accuratamente disciplinata da alcune disposizioni di legge.

La s. 63 (a) fornisce una lista di crediti che possono essere ammessi al passivo, e precisamente: i crediti esistenti al tempo della domanda di fallimento, siano essi già pagabili o no, purchè risultino da *judgment* e da un atto formale; quelli risultanti da spese processuali (che non siano state tassate) per procedimenti iniziati da o contro il fallito prima del fallimento; quelli risul-

tanti da un *open account* o da contratto (1); i crediti risultanti da sentenza posteriore al fallimento; i crediti del lavoratore; ed infine i crediti risultanti da risarcimento del danno per illecito civile solo quando questo è dovuto a *negligenza*.

È questa ultima una particolare disposizione del diritto americano, del resto eguale in questo al diritto inglese (2), per cui non tutti i crediti risultanti da illecito civile (*tort*) possono essere ammessi al passivo, ma solo quelli risultanti da *negligence*. Una giustificazione della strana norma può forse trovare fondamento nel sospetto che la legge fallimentare nutre contro i crediti che non siano ancora determinati, com'è per quelli derivanti da risarcimento di danni. Ma se questa è una giustificazione, non può certo costituire una ragione valida. Già in Canada tale principio è stato infatti abbandonato (3).

I crediti condizionali (*contingent debts*) sono infine espressamente ammessi al passivo dal 1938 (*Chandler Act*) sebbene già antecedentemente la Corte Suprema si fosse dichiarata in tal senso (4). La tendenza a non ammettere crediti non esigibili è stata vinta dalla considerazione dell'interesse che ha il debitore ad essere liberato da *tutti* i suoi debiti così da poter « *make a fresh start in life* » (5), oltre che dalla considerazione che per coloro che sono titolari di un credito condizionale è meglio provare i loro diritti nel fallimento, invece che essere obbligati a basare le loro speranze di soddisfacimento sulle future possibilità del fallito di pagare i debiti, quando vengano a maturazione (6).

Ai *contingent debts* vanno aggiunte le *contingent contractual liabilities*: qualora infatti il fallito debba rispondere come garante, il creditore potrà sempre insinuarsi nel passivo, salvo naturalmente

(1) In *Zavelo* v. *Reevers*, 227 U. S. 625, 33 S. Ct. 365 (1913) fu deciso che di tali crediti fossero ammissibili solo quelli già esistenti al momento della domanda di fallimento.

(2) s. [illegible]), con un'eccezione per quanto previsto dal *Law Reform* (*Miscellaneous Provisions*) *Act*, 1934, s. 1 (6).

(3) Vedi per una critica al sistema: GLENN, *Basic Consideration in Tort Claims in Bankruptcy and Reorganization*, 18 N. Y. U. L. Q. Rev. (1941) 366. La legge canadese nel 1949 ha rimosso la distinzione ammettendo al passivo tutti i *tort claims* (s. 83).

(4) *Maynard* v. *Elliott*, 283 U. S. 273, 51 S. Ct. 390 (1931).

(5) Vedi per il diritto inglese *Hardy* v. *Fothergill* (1888) 13 App. Cas. 351.

(6) Cfr. EARLE, *Contingent Claims in Bankruptcy as Affected by the 1934 Amendement*, 9 U. of. Cinc. L. Rev. (1935) 243.

il diritto del *trustee* di surrogarsi al creditore contro il debitore principale; se debitore principale è invece il fallito, il garante non potrà insinuarsi che nel caso in cui il creditore non lo faccia, e peraltro solo in suo nome (7), e non riceverà alcun dividendo se non quando il creditore sia stato pagato al completo (*in full*) [s. 57(i)]: e ciò per evitare una doppia insinuazione per lo stesso credito (8). La regola può essere così sunteggiata: se il garante [*surety* (9)] ha pagato al completo il creditore prima del fallimento, può insinuarsi per l'intero; se lo ha pagato al completo dopo il fallimento, può insinuarsi per l'intero in via surrogatoria; se lo pagato in parte prima o dopo il fallimento, deve attendere che il creditore sia stato pagato per l'intero prima di poter essere soddisfatto (10).

Sono anche ammessi al passivo i crediti per anticipato scioglimento (in seguito a fallimento) di un contratto ancora da eseguirsi in tutto o in parte. Al qual proposito va notato che solo nel 1934 la legge fallimentare americana (11) ritenne per la prima volta che potessero essere ammessi i crediti del locatore derivanti dal danno per la cessazione del contratto di locazione (*lease*) dovuta al fallimento (12). In *common law*, il fallimento fa cessare

(7) *Re Dillon*, 100 F. 627 (D. Mass., 1900); *Insley* v. *Garside* 121 F. 699 (C. C. A. 9th, 1903); *Re Astoroga Paper Co.*, 234 F. 792 (N. D. N. Y., 1916).

(8) *Prudence Realization Corporation* v. *Geist*, 316 U. S. 89. 62 S. Ct. 978 (1942).

(9) Il rapporto di *suretyship* è — secondo quanto sta scritto in HANNA, *Cases and Materials on Security*, Brooklyn, 2d ed., 1952, p. 318 —: « *the relation where one person has undertaken an obligation and another person is under an obligation or other duty to the obligee, who is entitled to but one performance, and as between the two, the latter rather than the former should perform* ». Sulla identità tra *suretyship* e *guaranty*, vedi RADIN, *Guaranty and Suretyship*, 17 Calif. L. Rev. (1929) 605.

(10) E mi spiego con un esempio: se il garante ha pagato il creditore per il 75% del debito, e ci sia un dividendo del 50%, questo andrà per il 25% al creditore e dal momento che questi risulta ormai pagato per l'intero, l'altro 25% andrà al garante.

(11) Quella inglese aveva disposizioni in tal senso fino dalla legge del 1869 (32-33 Vict., c. 71, s. 23), ed ora alla s. 54 (1) (3) (7), nel caso naturalmente che il *trustee* rigetti la locazione usando del potere di *disclaimer*.

(12) Sui precedenti legislativi e sulla *ratio* della norma, vedi il « *leading case* »: *Oldden et al.* v. *Tonto Realty Corporation*, 143 F. 2d 916 (C. C. A. 2d, 1944). Della numerosa dottrina, vedi per tutti SCHWABACHER and WEINSTEIN, *Rent Claims in Bankruptcy*, 33 Col. L. Rev. (1933) 213; NEWMAN, *Rent Claims in Bankruptcy and Corporate Reorganization*, 43 Col. L. Rev. (1943) 317. Si tenga presente che anche la locazione come ogni *executory contract* può essere riassunta dal *trustee* nei sessanta giorni posteriori alla *adjudication* (s. 70 b).

la locazione e dà diritto al locatore alla restituzione della cosa locata (*re-entry*), con conseguente perdita di ogni diritto ai canoni futuri ed al risarcimento dei danni. La legge tuttavia ammette ora tale risarcimento del danno nel fallimento, ma solo nel limite di un ammontare non superiore ad un anno di canone dovuto, computato dal giorno della restituzione della cosa locata (13); mentre gli eventuali crediti dovuti fino a quel periodo restano naturalmente insinuabili per l'intero. Il locatore riceve perciò nella *bankruptcy* un risarcimento che non avrebbe potuto ricevere al di fuori, facendo valere il suo diritto di *re-entry*. La soluzione legislativa è stata felicemente definita da MOORE: « *The statutory solution represented a happy medium and imposed on the creditors a limited sacrifice in order to achieve the desirable end of facilitating the debtor's rehabilitation by extending the scope of his discharge* » (14).

Sono infine ammessi al passivo i crediti risultanti da servizi resi o da trasferimenti avvenuti dopo l'inoltro della domanda di fallimento, ma prima che sia stato nominato un *receiver* o che sia stato dichiarato il fallimento, purchè siano stati compiuti a beneficio della massa [s. 63 (b)] (15).

64. — Fuori dai casi specificamente contemplati dalla s. 63 (a) (b), ed appena esaminati, la legge non prevede l'ammissione al passivo di altri crediti. Tra i crediti esclusi — oltre a quelli derivanti da risarcimento del danno per illecito civile, di cui ho già detto — vanno ricordati i crediti alimentari. La ragione dell'esclusione sta nel fatto che l'ammontare di tali crediti nella mag-

(13) La maggior parte delle decisioni interessanti è sorta in tema di riorganizzazione di società, per le quali tuttavia il periodo previsto è di tre anni. Sulla complicata materia vedi la bella decisione della Corte Suprema: *City Bank Farmers Trust Co.* v. *Irving Trust Co.*, 299 U. S. 433, 57 S. Ct. 292 (1937).

(14) COLLIER, *op. cit.*, III, p. 1894.

(15) In riguardo al diritto inglese, va tenuta presente una regola particolare, che concede alla corte in ogni caso il potere di sindacare sul credito e di valutarne l'ammissibilità, anche qualora esso risulti da altra sentenza (*right to go behind judgment*). La regola originata dalla decisione *Ex parte Lennox* (1885) 16 Q. B. D. 315 (C. A.) viene giustificata dalla necessità di non pregiudicare la massa dei creditori accettando come ammissibile un credito, anche qualora esso debba la sua esistenza soltanto a particolari vicende, collusioni o compromessi, originati in un precedente processo ed estranei alla vera natura del credito. Tale regola costituisce peraltro una seria minaccia agli effetti del giudicato.

gioranza degli Stati dell'Unione non è determinabile, in quanto è sempre soggetto a modificazioni da stabilirsi dalla corte, che per prima ha ordinato gli alimenti. Nè tali crediti possono essere ammessi per la s. 63 (a 1), perchè non dipendenti da *judgment*, ma in genere da *decree*. Ma esistono alcune decisioni, le quali ritengono che qualora il *decree* pronunciato dalla corte sia immodificabile, i crediti alimentari possono essere ammessi al passivo (16).

Già a suo luogo, ho parlato dei creditori garantiti (17), e solo alcuni cenni vanno qui aggiunti per quanto riguarda appunto la loro ammissione al passivo. Se tali creditori hanno una garanzia reale sul patrimonio del debitore, essi non potranno essere ammessi al passivo, a meno che non rinuncino alla loro garanzia e vogliano insinuarsi come semplici chirografari; e lo potranno comunque sempre per quell'ammontare del loro credito che non sia coperto dalla garanzia. Il valore della garanzia, secondo quanto previsto dalla s. 57 (h), sarà determinato seguendo i termini previsti dall'accordo originario tra le parti, o attraverso un compromesso o una lite, a discrezione della corte, sotto la cui direzione tale valore va comunque sempre stabilito.

A questi crediti sono equiparati i *priority claims* e cioè quelli che hanno un diritto di priorità in sede di distribuzione dell'attivo. Un'identica procedura è prevista anche per quei creditori che abbiano ricevuto un *lien* od una *preference* annullabili ai sensi della legge fallimentare.

65. — Tutti i crediti, che possono essere ammessi al passivo, debbono esserlo nei sei mesi seguenti la data della prima assemblea generale dei creditori, nella quale tra l'altro il debitore dovrà fornire la lista dei suoi creditori. Passati i sei mesi non è più possibile insinuarsi (s. 57).

La domanda di ammissione al passivo deve avvenire secondo le formalità previste dalle *Official Forms* 28, 29, 30, 31. Ogni eventuale opposizione sarà discussa in un'udienza speciale, fissata discrezionalmente dal *referee*. Lo stesso *referee* provvederà

(16) *Heimberger* v. *Joseph*, 55 F. 2d. 171, (C. C. A. 6th, 1931) commentato in 32 Col. L. Rev. (1932) 902 e 45 Harv. L. Rev. (1932) 1252; *Merriman* v. *Hawbaker*, 5 F. Supp. 432 (E. D. Ill., 1934).

Il *decree* è un provvedimento del giudice, a carattere amministrativo, e corrispondente al «decreto» del diritto processuale italiano.

(17) Vedi dietro p. 121, anche per le citazioni bibliografiche.

poi alla verifica dei crediti (*allowance of claims*), che in genere avverrà subito, se non esistono opposizioni, durante la prima assemblea generale dei creditori.

Lo scopo dell'*allowance of claims* non è solo quello di determinare il passivo ai fini della distribuzione dei dividendi, ma è anche quello di stabilire quali siano i creditori che hanno il diritto di votare nelle varie assemblee.

66. — La realizzazione dell'attivo è diretta dalla corte e preceduta da stima da parte di consulenti. Il prezzo di vendita dei beni non potrà essere inferiore al 75 % del valore di stima, a meno che non intervenga una espressa approvazione dalla corte [s. 70 (f)]. Naturalmente il compratore riceverà il suo titolo dal *trustee*, dal momento che questi — come s'è visto — è ormai il proprietario dei beni del fallito.

La distribuzione del ricavato dell'attivo viene disciplinata da norme precise. Sono pagati per primi i creditori, muniti di validi *liens* (18), seppure a volte essi debbano concorrere al pagamento delle spese di amministrazione. Ciò che avanza andrà ai creditori non garantiti (*unsecured creditors*), alcuni dei quali godono di priorità nei confronti degli altri.

La s. 64 (a) stabilisce cinque classi di creditori che godono di priorità, ed ogni credito di ciascuna classe deve essere pagato per l'intero, prima che si possa iniziare la distribuzione alle classi seguenti.

Nell'ordine il primo gruppo di tali crediti è quello dei cosidetti crediti d'amministrazione (*administration costs*) [64 (a 1)]. Tra i principali *administration costs* enumerati dall'articolo della legge, vanno richiamate le spese per la conservazione della massa, le spese affrontate dai creditori per il recupero di beni nascosti o fraudolentemente trasferiti, le spese per i testimoni e per i procuratori legali e le spese vive d'amministrazione.

A questi seguono i salari, per un ammontare non superiore ai $ 600, purchè siano stati guadagnati dal prestatore di lavoro nei sei mesi anteriori al fallimento [64 (a 2)].

Terze in ordine di priorità sono le spese affrontate dai creditori per opporsi con successo ad un concordato od alla *discharge* o per assicurare le prove di un fatto che possa incriminare il fallito [64 (a 3)].

(18) *In re Caswell Constr. Co., Inc.*, 13 F. 2d 667 (N. D. N. Y., 1926).

La quarta e forse la più importante delle priorità è quella accordata ai tributi (*taxes*) federali, statali, municipali, ecc. . . ., dovuti dal fallito [64 (a 4)]. Ci si riferisce qui peraltro ai tributi dovuti prima del fallimento, perchè quelli dovuti dopo, si ritiene godano di prima priorità come *costs of administrations* (19). L'aumentare continuo della pressione fiscale ha destato vive preoccupazioni tra i creditori, che spesse volte si sono visti assorbire da tale priorità buona parte della massa attiva (20). Alla corte spetta comunque in ogni caso la valutazione della validità e dell'ammontare del tributo (21).

Al quinto posto nella classificazione dei crediti che godono di priorità stanno quei crediti che già godono di priorità in base a legge federale ed in pratica cioè i crediti del Governo Federale (22). Sono per altro escluse le priorità accordate dalle leggi dei singoli Stati dell'Unione, eccezion fatta per la priorità accordata per il pagamento di canoni nei contratti di locazione, seppur nel limite dei tre mesi precedenti il fallimento [63 (a 5)].

Gli altri creditori riceveranno il rimanente *pro rata*, vale a dire su di un piano di eguaglianza e secondo i principi della *par condicio*, spettando a ciascuno la stessa percentuale. La s. 65 (b) stabilisce che la corte dichiarerà un primo dividendo nei trenta giorni successivi alla prima adunanza dei creditori se « l'ammontare ricavato dalla realizzazione dell'attivo, pagati i crediti che godono di priorità, eccede almeno del 5 % l'ammontare dei crediti ammessi ». In ogni caso il dividendo non potrà mai essere superiore al 50 % dell'attivo disponibile. Passati sei mesi, termine ultimo per l'ammissione tardiva dei crediti, il resto dell'attivo sarà distribuito in uno o più dividendi, a giudizio della corte. Comunque, il dividendo finale non può essere dichiarato prima di

(19) WURZEL, *Taxation During Bankruptcy Liquidation*, 55 Harv. L. Rev. (1942) 1141.

(20) L'*American Bar Association*, la *National Association of Credit Men* e la *National Bankruptcy Conference*, hanno già fatto proposte al Congresso degli Stati Uniti, ai fini di limitare tale inconveniente [Cfr. 20 J. N. A. Ref. Bankr. (1946) 119], ma per il momento non si è ancora usciti dalla fase delle proposte.

(21) *In re Monongahela Rye Liquors, Inc. et al.*, 141 F. 2d 864 (C. C. A. 3d, 1944).

(22) Vedi la nota « *Priority of the « United States » Against Insolvent Debtors* », 47 Col. L. Rev. (1947) 485. Incerta è la situazione dei crediti di quegli Istituti Governativi, creati nelle forme del diritto privato come la « *Recostruction Finance Corporation* », ecc.

tre mesi dalla data in cui venne dichiarato il primo dividendo, a meno che il termine di sei mesi per l'ammissione dei crediti tardivi sia già scaduto. La corte può sempre trattenere una parte della somma disponibile a favore dei crediti tardivamente dichiarati, che peraltro non pregiudicano mai i creditori che già abbiano ricevuto un dividendo.

Alla chiusura del fallimento la legge dedica solo la s. 2 (8), che prevede tale chiusura quando siano stati approvati i rendiconti finali, quando l'amministrazione fallimentare sia stata espletata oppure le parti interessate non forniscano garanzia sufficiente al pagamento delle spese procedurali oppure non prendano le iniziative necessarie per la continuazione del processo (ad esempio mancando di proporre domande per l'ammissione al passivo).

Il fallimento potrà essere comunque riaperto, per *cause shown*, valutata dalla corte discrezionalmente.